

L'espansione del reato di negazionismo in Europa: dalla protezione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI *

Paolo Lobba

Dottorando di ricerca in Diritto e processo penale, Università di Bologna.

SOMMARIO: I. 1. *Premessa: tendenze nazionali, europee ed internazionali in materia di libertà di espressione*; 2. *Delimitazione del campo d'indagine*; II. 3. *Sviluppo (e prossimo esaurimento) del terzo pilastro dell'Unione europea*; 4. *Le riforme del Trattato di Lisbona in materia penale*; 4.1. *Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea*; 4.2. *L'espressa (seppur indiretta) "competenza penale" dell'Unione europea*; 5. *Il futuro delle politiche di lotta a razzismo e xenofobia alla luce del Trattato di Lisbona*; 5.1. *L'an dell'intervento*; 5.2. *Il quomodo dell'intervento*; III. 6. *Il contesto normativo in cui si inserisce la decisione quadro 2008/913/GAI: uno sguardo alla diffusione del reato di negazionismo*; 7. *Profili descrittivi della decisione quadro*; 8. *Osservazioni critiche sulla decisione quadro, con particolare riguardo al reato di negazionismo*; 8.1. *L'Olocausto come topos fondativo*; 8.2. *Gli effetti di armonizzazione della decisione quadro*; 8.2.1. (continua): a) *l'unificazione delle modalità di condotta*; 8.2.2.1. (continua): b) *l'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate: il vero punto dolente nell'incriminazione del negazionismo*; 8.2.2.2. *La forma "qualificata" del reato di negazionismo*; 9. *L'adattamento nell'ordinamento italiano*; 9.1. *Il quadro normativo attuale*; 9.2. *Esame delle (lievissime) necessità di adattamento e sviluppo di un dubbio: la fragilità degli argini posti alla punibilità del negazionismo puro.*

I

1. Premessa: tendenze nazionali, europee ed internazionali in materia di libertà di espressione.

Il 28 novembre 2010 è spirato il termine posto dalla decisione quadro 2008/913/GAI per la sua attuazione negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea¹. Seppure l'intitolazione evochi la «lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale», il suo contenuto normativo si spinge decisamente oltre, andando a toccare tematiche complesse e controverse – tra cui il reato di “negazionismo”² – che stanno verosimilmente alla base dello scarso recepimento finora ricevuto, non solo da parte del nostro paese.

Nel prosieguo del lavoro si metteranno in luce gli effetti restrittivi sulla libertà di espressione che la decisione quadro comporta. Tuttavia, essa rappresenta solo *uno* dei numerosi sintomi di una più generale tendenza che si riscontra a livello nazionale, regionale ed internazionale.

Già da qualche decennio ormai, gli Stati europei, attraversati trasversalmente da fenomeni razzisti ed antisemiti, dibattono sulle modalità più efficaci per contrastarli, attestandosi su soluzioni differenziate che si collocano, nondimeno, entro un *trend* di progressiva limitazione della libertà di parola per mezzo del diritto penale³. Non si tratta di un'operazione indolore, neutrale rispetto ai

* La versione integrale dell'articolo è in corso di pubblicazione in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011.

¹ V. l'art. 10 della decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, pubblicata in *Gazz. uff. Un. eur.*, L 328/55 del 6 dicembre 2008.

² Rimandando oltre per approfondimenti sulla nozione di negazionismo, basti qui accennare che essa identifica le condotte di negazione, giustificazione o minimizzazione grossolana dell'Olocausto (e, recentemente, di un elenco crescente di altri crimini).

³ Il *trend* sottolineato va contestualizzato tenendo conto della crisi che vivono alcuni caratteri tipici dello *Stato di diritto* mentre assume i tratti dello *Stato di prevenzione*; cfr., su questa metamorfosi, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.

principi cardine del sistema: a venirne minata è la complessiva fisionomia dell'equilibrio tra espressione lecita e proibita.

Tale evoluzione va di pari passo con l'impiego di figure criminose basate su modelli strutturali finora estranei a questo settore. La *glorification* e l'*encouragement of terrorism* nel Regno Unito⁴, ad esempio, costituiscono un'efficace illustrazione del mutamento in atto. All'archetipo del pericolo astratto – basato su una presunzione di probabilità (o possibilità) che dall'espressione derivi la commissione dell'atto anti-giuridico – tali fattispecie sostituiscono quello dei “reati di clima”⁵, che fondano la punibilità della propaganda sulla sua capacità di creare un ambiente sociale ostile nel quale una condotta discriminatoria o terroristica possa apparire accettabile o giustificabile, fornendo linfa a nuovi attacchi di violenza. In questo modo il fulcro del reato si sposta dalla probabilità (o possibilità) di *commissione dell'atto* discriminatorio o terroristico, alla probabilità (o possibilità) che l'espressione *venga intesa* (cioè sia «*likely to be understood*») dai destinatari come una giustificazione di tali condotte. Così, il pericolo di commissione di un *fatto* delittuoso cede il posto al rischio – labilmente legato alle originarie intenzioni dell'agente – che la “parola” contribuisca al sorgere di un *clima* ostile che *può* costituire il terreno fertile per atti criminosi potenzialmente fuori dall'orizzonte di rappresentazione/volizione del reo⁶. Tenendo conto, poi, che la globalizzazione delle comunicazioni fa sì che gli effetti di un'espressione si possano produrre persino dall'altra parte del mondo⁷, entrano in crisi per *volatilizzazione del contesto di riferimento* i consueti parametri cui si suole ancorare la valutazione di concreta pericolosità delle condotte.

Come anticipato, tale tendenza al restringimento della libertà di espressione attraverso il diritto penale trova riscontro anche a livello regionale ed internazionale, formando un intreccio normativo che ne rafforza la portata e contribuisce a spiegarne la diffusione globale. Rimanendo entro il nostro continente, è pertinente richiamare, accanto alla decisione quadro già citata, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo⁸, il cui art. 5 è dedicato alla *public provocation to commit a terrorist offence*⁹. Per gli Stati parte – tra i quali al momento non figura l'Italia – sorge il vincolo di punire ogni diffusione al pubblico di un messaggio che provochi il pericolo di commissione di atti di terrorismo. Sebbene la condotta debba essere compiuta con l'intento di promuovere tali reati, l'integrazione della figura criminosa avviene a prescindere dal fatto che l'espressione inciti direttamente ad atti di terrorismo. La disposizione richiede quindi di limitare la libertà di manifestazione del pensiero alla condizione, tutt'altro che stringente, di un generico pericolo che ne risultino incoraggiate le attività terroristiche, ad di là di una loro diretta sollecitazione (o persino menzione) da parte dell'autore.

⁴ V. il *Terrorism Act 2006, Section 1*.

⁵ Espressione ispirata da J.M. LANDA GOROSTIZA, “*Nuevos*” *crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática*, in Eguzkilore, 2003, n. 17, spec. pp. 115 ss.

⁶ Non si richiede infatti che le espressioni debbano alludere ad un atto determinato, né che esso sia prevedibile nello specifico. Basta che i destinatari possano intenderle come una glorificazione degli atti di terrorismo in generale – la cui definizione si spinge fino ad includere le gravi azioni di danno alla proprietà, se dirette ad influenzare il governo o ad intimidire una parte della popolazione.

⁷ Al di là delle comunicazioni attraverso internet – le cui peculiarità sono ben esposte in D. MURRAY, *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in light of the UK Terrorist Act 2006 [...]*, in Netherlands Quarterly of Human Rights, 2009, 45 ss. – sembra che ad essere determinante, più che le caratteristiche dello specifico *medium* in sé, sia la complessiva globalizzazione che coinvolge anche l'informazione. Un illuminante esempio può essere tratto dal caso del pastore della Florida Terry Jones che aveva manifestato l'intenzione di bruciare il Corano in occasione della commemorazione dell'attacco terroristico al World Trade Center di New York. La situazione ha bene illustrato come un'espressione possa avere l'effetto di scatenare la violenza in contesti a migliaia di chilometri di distanza – in tal caso, in Pakistan, Afghanistan e, presumibilmente, anche in altri paesi a forte presenza islamica. V., tra i molti, www.corriere.it/esteri/10_settembre_10/reverendo-jones-corano_a2321386-bc9e-11df-bb9d-00144f02aabe.shtml.

⁸ *Convention for the Prevention of Terrorism*, Council of Europe, 16 maggio 2005, *European Treaty Series*, n. 196.

⁹ Un'ulteriore esortazione agli Stati affinché proibiscano l'incitamento al terrorismo è venuta dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con la Risoluzione n. 1624, UN Doc. S/RES/1624, 14 settembre 2005.

Anche il diritto penale internazionale – passando all’ultimo piano normativo in considerazione –, dopo la prima applicazione concreta¹⁰ del crimine di *incitamento pubblico e diretto al genocidio*¹¹, vive una fase di espansione repressiva coerente con le tendenze sopra descritte. Senza poter qui affrontare il tema, basti tener presente due elementi rivelatori. In primo luogo, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPR) nel c.d. *Media Trial*¹² – un processo sulla responsabilità dei *media* nel genocidio ruandese – ha fornito un’interpretazione che, sebbene aggiustata in appello, slabbra i confini dell’incitamento al genocidio, attenuando il requisito del carattere *diretto* che deve evidenziare il messaggio. Inoltre, in base ad un orientamento che desta ancora maggiori preoccupazioni, la categoria dei “reati internazionali d’opinione” viene arricchita di una nuova figura, di pura creazione giudiziale, per la prima volta applicabile anche al di fuori dei contesti genocidiari ai quali era limitato l’incitamento al genocidio. Il mero *hate speech*, infatti, è stato ora elevato a condotta suscettibile di rientrare autonomamente tra i crimini contro l’umanità¹³.

Attraverso questi percorsi interpretativi, quindi, si espande l’area del penalmente rilevante, andando a sanzionare espressioni altrimenti consentite.

La pericolosità di questi sviluppi è accentuata dal fatto che i loro effetti non rimangono confinati nei livelli normativi di rispettiva appartenenza i quali, anzi, si influenzano, rafforzandosi reciprocamente. La circolazione dei pertinenti modelli giuridici e precedenti giudiziari incide sulla nozione generale di libertà di espressione, favorendone una concezione di minor apertura che, inevitabilmente, pesa sugli equilibri nazionali in materia. Per la decisione quadro qui in esame, la rilevanza del quadro multilivello appena tracciato addirittura aumenta, visto che lo stesso negazionismo, secondo talune ricostruzioni, può costituire un crimine internazionale.

2. Delimitazione del campo d’indagine.

La decisione quadro 2008/913/GAI, dunque, non rappresenta un atto isolato, ma fa parte di una tendenza globale che coinvolge tutti i piani normativi considerati (statale, europeo ed internazionale).

La presente indagine, centrando il fuoco su tale provvedimento, limita l’esplorazione al versante dell’Unione europea, al momento in una fase di metamorfosi scatenata dai notevoli mutamenti derivanti dal Trattato di Lisbona¹⁴. L’analisi della specifica normativa “anti-razzismo”, perciò, è preceduta da una ricostruzione delle regole di funzionamento degli atti del terzo pilastro destinati, entro un breve periodo, ad essere “comunitarizzati”¹⁵. Un peculiare regime transitorio ne cristallizza infatti la disciplina attuale fino ad una loro sostituzione o modifica, innescando così l’assoggettamento del singolo atto in questione al nuovo regime. La piena efficacia anche nel

¹⁰ A partire da Tribunale penale internazionale per il Ruanda (TPR), *Akayesu*, 96-4-T, Trial Chamber (TC), 2 settembre 1998, confermata in appello il 1° giugno 2001. A questa pronuncia si aggiungono, ad oggi, un’altra decina di condanne per incitamento al genocidio, sempre da parte del TPR (tutte reperibili in www.unict.org/). Tra le ultime, TPR, *Muvunyi*, 00-55A-T, Retrial, 11 febbraio 2010; TPR, *Kalimanzira*, 05-88-T, TC, 22 giugno 2009.

¹¹ L’incitamento al genocidio è un crimine internazionale previsto dall’art. 3, co. 1, lett. c), della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 260 A (III) del 9 dicembre 1948. Su questa fattispecie v., per tutti, J.D. OHLIN, *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford, 2009, 207 ss.; W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2° ed., Cambridge, 2009, 319 ss.

¹² TPR, *Nahimana et al.*, 99-52-T, TC, 3 dicembre 2003, parzialmente riformata in appello il 28 novembre 2007.

¹³ L’affermazione che l’*hate speech* può rientrare nel crimine contro l’umanità di persecuzione si rinviene in TPR, *Ruggiu (pleaded guilty)*, 97-32-I, TC, 1 giugno 2000; TPR, *Nahimana et al.*, cit.; TPR, *Bikindi*, 01-72-T, TC, 2 dicembre 2008, confermata in appello da TPR, *Bikindi*, 01-72-A, 18 marzo 2010.

¹⁴ Il Trattato di Lisbona, che «modifica il trattato sull’Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea», firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 e pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.*, n. 306/01, 17 dicembre 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 dopo essere stato ratificato da tutti gli Stati membri (in Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130).

¹⁵ La terminologia risulta, per la verità, impropria: la scomparsa della Comunità europea – assorbita dall’Unione – non permette più, a rigore, di utilizzare i termini che ad essa si riferiscono.

settore della cooperazione penale delle regole introdotte a Lisbona – già in vigore dal 1° dicembre 2009 – si avrà *in ogni caso* a partire dal dicembre 2014.

L'interregno creatosi, durante il quale convivono due corpi normativi sul funzionamento degli atti del terzo pilastro, fornisce l'occasione per approntare uno schema ricostruttivo di questo settore del diritto penale europeo. Non si tratta solo di modifiche concernenti il procedimento di formazione degli atti o la loro giustiziabilità, bensì di una nuova configurazione delle competenze comunitarie relative allo *ius puniendi* che ridefinisce i confini dei futuri interventi penali nel campo della lotta al razzismo e alla xenofobia. Ne deriva la necessità – ora che la questione sulla competenza penale (indiretta) dell'Unione può dirsi superata – di accennare ad una riflessione su quali categorie di beni giuridici siano legittimamente tutelabili dal diritto penale sovranazionale e in che modo si atteggi, rispetto a ciascuna di esse, il principio di sussidiarietà.

Compiuta questa analisi di carattere più generale, ci si soffermerà ad esaminare le principali disposizioni contenute nella menzionata decisione quadro. Particolare rilievo sarà attribuito alle norme sul reato di negazionismo, anche in considerazione delle recenti (ma ricorrenti) polemiche sull'opportunità di una sua introduzione anche nel nostro paese¹⁶. Alla sua descrizione, accompagnata da un panorama sulle legislazioni adottate negli altri paesi europei, seguirà l'esposizione delle ragioni di fondo che giustificavano l'incriminazione delle condotte di negazione dell'Olocausto. L'attuale espansione che contraddistingue tale fattispecie, poi, sarà posta alla base di una riflessione sulla crisi del precedente fondamento, che si avvarrà della distinzione tra modello "puro" e modello "qualificato" di negazionismo.

Infine, ci si gioverà dei risultati dell'indagine per verificare, da un lato, quali siano le effettive potenzialità armonizzatrici della decisione quadro in esame e, dall'altro, se, malgrado l'attuale assenza di specifici provvedimenti al riguardo, il nostro ordinamento possa considerarsi adempiente rispetto agli individuati obblighi di trasposizione. L'importanza di siffatta valutazione è stata accresciuta dal Trattato di Lisbona che, in uno sforzo di unificazione degli atti e dei procedimenti dell'Unione, ha esteso il procedimento di infrazione per inadeguato adempimento degli obblighi comunitari anche agli atti di armonizzazione legislativa penale.

L'indagine si concluderà tentando di dipanare il dubbio che nella normativa italiana attualmente in vigore non si celino già i germi di una possibile punibilità del reato di negazionismo "puro".

II

3. Sviluppo (e prossimo esaurimento) del terzo pilastro dell'Unione europea.

Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era affermazione comune in dottrina quella secondo cui l'Unione europea non fosse provvista di una espressa competenza penale¹⁷. L'assunto, a suo tempo formalmente incontestabile, subiva in realtà un ridimensionamento dovuto alle *influenze indirette* che le norme della Comunità producevano (e producono) nell'ordinamento penale interno¹⁸. La scena si è però arricchita di nuovi protagonisti.

A partire dal Trattato di Maastricht – poi rifinito dal Trattato di Amsterdam – il potere di emanare vere e proprie norme di ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni in materia penale è divenuto

¹⁶ Negli ultimi mesi si è infatti riaffacciata l'idea di introdurre il reato di negazionismo anche nel nostro ordinamento. Dopo le polemiche sollevate dalla lezione di Claudio Moffa all'Università di Teramo e la reazione di Riccardo Pacifici, presidente della comunità ebraica di Roma (v. la lettera a *La Repubblica* del 15 ottobre 2010), infatti, i Presidenti di Camera e Senato si sono detti pronti ad appoggiare le iniziative legislative in tal senso. V.

http://www.repubblica.it/cronaca/2010/10/15/news/shoa_letta_risponde_a_pacifici-8074517/index.html?ref=search.

¹⁷ Sul diritto penale dell'Unione europea la letteratura è ormai vasta. Per i relativi riferimenti si rimanda alla versione integrale di questo articolo.

¹⁸ F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, 1981, 1220 ss.

esplicito grazie alla previsione delle *decisioni-quadro*. Previste dall'art. 34, co. 2, lett. b), TUE¹⁹, si tratta di atti finalizzati al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in materia penale; simili alle direttive – vincolano gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, restando essi liberi in merito alla forma e ai mezzi –, se ne distinguono per l'esplicita *esclusione di ogni efficacia diretta*. In altre parole, l'intervento normativo dello Stato si sarebbe dovuto porre come condizione imprescindibile per il dispiegarsi di un loro qualunque effetto sull'ordinamento interno, in modo da specificare gli elementi costitutivi dei reati e le sanzioni – visto il loro (spesso teorico)²⁰ carattere elastico e non dettagliato – e rispettare pienamente il principio di legalità.

Tuttavia, l'intero settore della cooperazione penale, confinato nel terzo pilastro, rimaneva assoggettato ad una disciplina di forte ispirazione *intergovernativa* che, accentrando il potere legislativo sul Consiglio, che delibera all'unanimità, riservava alle altre istituzioni europee un ruolo marginale: la Commissione non disponeva del monopolio dell'iniziativa legislativa, il Parlamento europeo non influiva significativamente sul procedimento di formazione degli atti e la Corte di Giustizia reggeva una giurisdizione di carattere volontario limitata a vagliare la validità e l'interpretazione delle decisioni-quadro, con esclusione, dunque, della procedura di infrazione per la loro mancata trasposizione.

Ciò non ha impedito alla Corte, malgrado il momento di difficoltà politica che stava vivendo l'Unione²¹, di imprimere – com'era già avvenuto nel primo pilastro²² – un'accelerazione al processo di integrazione europea intendendo «dare, come altre volte in passato, un segnale forte»²³. Avvalendosi del principio di leale cooperazione e del carattere vincolante delle decisioni-quadro rispetto ai fini perseguiti, i giudici²⁴ hanno esteso il *principio di interpretazione conforme*, sorto per le direttive non trasposte entro il termine stabilito²⁵, anche a tali atti di terzo pilastro – nonostante il Trattato escluda espressamente una loro efficacia diretta. Si osserva²⁶ come la distinzione tra l'interpretazione conforme e l'efficacia diretta, possibile sul piano logico, si riveli, in realtà, labile, e celi un aggiramento della lettera del Trattato. In ogni caso, come sottolinea la Corte, tale obbligo trova i suoi limiti nei principi generali del diritto – in particolare quelli di certezza e di irretroattività. Ne discende sia l'inammissibilità di un'interpretazione *contra legem* della norma interna, sia l'esclusione che dalle decisioni-quadro inattuata possa scaturire – o risultare aggravata – la responsabilità penale di un individuo.

I difetti messi in luce dagli atti in parola – *in primis*, l'unanimità richiesta per la loro adozione, ma anche il limitato ruolo delle altre istituzioni comunitarie e l'ambigua efficacia a livello interno – che, da un lato, ne rendevano difficile l'adozione e, dall'altro, ne accentuavano il *deficit democratico*, sono comunque in via di appianamento. Il progressivo restringimento del campo di applicazione del regime appena illustrato – destinato ad essere soppiantato via via che le decisioni quadro saranno modificate o sostituite – ed il suo definitivo superamento – nel dicembre 2014 – lasciano infatti spazio all'innovativa disciplina del Trattato di Lisbona.

¹⁹ Limitatamente al presente paragrafo, gli articoli citati, salvo diversa indicazione, si riferiscono al Trattato sull'Unione europea nel testo consolidato risultante dopo le modifiche apportate dal Trattato di Nizza, pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.*, C 321 E/23 del 29 dicembre 2006.

²⁰ In realtà, le loro disposizioni contengono sovente dettagliate definizioni delle condotte da punire a livello nazionale, corredate da indicazioni sui livelli minimi dei massimi edittali.

²¹ Data dalla bocciatura subita dal progetto di Trattato di Costituzione per l'Europa.

²² Cfr. le fondamentali sentenze CGCE, 13 settembre 2005, C-176/03 *Commissione c. Consiglio*, e CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05 *Commissione c. Consiglio*, che hanno per la prima volta riconosciuto all'Unione europea il potere di emanare *direttive* – quindi atti del pilastro comunitario – a contenuto anche penale.

²³ G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di Giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 673.

²⁴ CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, i cui principi sono stati confermati in CGCE, 28 giugno 2007, C-467/05, *Dall'Orto*.

²⁵ I *leading cases* sono rappresentati dalle cause C-14/83 *von Colson*, C-106/89 *Marleasing* e C-334/92 *Miret*.

²⁶ R. CALVANO, *Il Caso Pupino*, cit., § 2; CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione*, cit., pp. 166 s.; S. MANACORDA, *Judicial activism*, cit., p. 747.

4. Le riforme del Trattato di Lisbona in materia penale.

4.1. Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea.

I mutamenti introdotti, anche in ambito penale, dal Trattato di Lisbona sono entrati in vigore il 1° dicembre 2009, fatto salvo il descritto regime transitorio per gli atti del terzo pilastro già adottati precedentemente. Tale profonda revisione riprende – ed anzi, per certi aspetti rinvigorisce – le linee tracciate in materia dalla abortita Costituzione europea; risultano quindi ancora in gran parte valide ed attuali le osservazioni svolte su quel testo²⁷.

Il dato di fondo dal quale partire attiene alla *nuova architettura istituzionale* che – basandosi esclusivamente sull'Unione europea, che ha assorbito la Comunità europea – ha disciolto l'antecedente struttura a tre pilastri in un'unica ed uniforme soluzione²⁸. Ne discende che gli atti adottati, al di là della materia regolata, saranno (tendenzialmente) sottoposti ad una *disciplina unitaria*, rendendo obsolete le precedenti disquisizioni, ad esempio, sui diversi effetti da assegnare alle direttive o alle decisioni-quadro.

In altri termini le “competenze penali”, prima suddivise tra primo e terzo pilastro, verranno esercitate attraverso il medesimo atto, la direttiva, governato dalla medesima disciplina. Il suo procedimento di formazione si identifica nella *procedura legislativa ordinaria* che prevede una posizione paritaria del Parlamento europeo rispetto al Consiglio, con deliberazioni a maggioranza qualificata anziché all'unanimità (com'era invece stabilito per le decisioni-quadro). Con ciò si combinano l'accresciuto potere della Commissione sull'iniziativa legislativa e l'estensione della competenza della Corte di Giustizia che, da una parte, si gioverà di un pieno sindacato anche su materie rientranti nel (già) terzo pilastro²⁹, e dall'altro, a seguito della giuridicizzazione della Carta di Nizza³⁰, sarà spinta ad avvicinare il proprio approccio a quello di una vera e propria corte costituzionale.

4.2. L'espressa (seppur indiretta) “competenza penale” dell'Unione europea.

Venendo alle modifiche più rilevanti in questa sede, il Trattato di revisione ha per la prima volta attribuito una “competenza penale” espressa all'Unione europea³¹. Alla fine, quindi, come già autorevolmente prefigurato, «l'utopia ha preso forma»³².

Nell'ambito del Titolo V del TFUE – che succede al Titolo VI della precedente versione del TUE – relativo alla costruzione di uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», vengono delineate le aree in cui può attuarsi – per mezzo di *direttive* – il ravvicinamento delle legislazioni penali.

²⁷ V., ad esempio, A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, Dir. pen. proc. 2004, pp. 5 ss.; G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Milano 2006, 359 ss.; ID., *Il Corpus Juris e il progetto di «Costituzione per l'Europa»*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003, spec. pp. 19 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova 2004, pp. 71 ss. Sulla Costituzione europea in generale v. i contributi in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano 2004; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna 2003.

²⁸ Fa ancora eccezione la «politica estera e sicurezza comune», per la quale valgono regole di carattere rigorosamente intergovernativo.

²⁹ Già si è detto del regime transitorio previsto dal Protocollo n. 36 per i vigenti atti di terzo pilastro.

³⁰ Nonostante la Carta sia contenuta in un protocollo allegato, l'art. 6, co. 1, TUE stabilisce che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». D'ora in poi i numeri degli articoli citati fanno riferimento al testo consolidato del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) come risultanti dopo la revisione di Lisbona.

³¹ L'espressione merita le virgolette per il fatto che una vera e propria competenza ad introdurre norme incriminatrici direttamente applicabili non esiste ancora, necessitandosi pur sempre dell'intervento di trasposizione dei legislatori nazionali.

³² M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale europeo?*, Riv. it. dir. proc. pen. 1997, p. 549.

Limitando l'esplorazione al diritto penale sostanziale, la prima di tali aree riguarda un elenco tassativo di gravi reati³³ per i quali possono essere poste «norme minime» relative alla definizione della fattispecie e della sanzione. Una «clausola di flessibilità» rimette ad una deliberazione unanime del Consiglio, preceduta da un'approvazione parlamentare, la possibilità di estendere la lista dei suddetti reati «in funzione dell'evoluzione della criminalità». In ogni caso, l'armonizzazione può riguardare solo le sfere di criminalità *particolarmente grave* che presentino una *dimensione transnazionale* derivante a) dal «carattere o dalle implicazioni di tali reati» o b) «da una *particolare necessità* di combatterli su basi comuni»³⁴. Tuttavia, il requisito sembra suscettibile di un'interpretazione ad ampio spettro³⁵ dipendente quindi, in ultima analisi, dall'intenzione degli Stati membri di procedere ad un'armonizzazione.

La seconda area sulla quale può espressamente incidere il diritto penale comunitario si differenzia in modo profondo, anche a livello teleologico, da quella appena esaminata³⁶. Essa non riguarda gravi reati transnazionali, ma coinvolge piuttosto, nella logica di un *diritto penale sanzionatorio*, i settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, quando ciò si riveli «indispensabile» per garantire un'efficace politica dell'Unione (art. 83, co. 2, TFUE).

Questa competenza è coincidente con quella che, in base alle citate pronunce della Corte di Giustizia, già si riteneva idonea a legittimare direttive contenenti disposizioni di tipo penale. Tuttavia, vi sono state importanti modifiche. Da un lato, spingendosi oltre tali acquisizioni giurisprudenziali³⁷, le «norme minime» di ravvicinamento possono estendersi fino a poter includere l'armonizzazione delle sanzioni, invece che solo quella dei precetti; dall'altro, al contrario, si registra un vistoso arretramento. Tralasciando momentaneamente l'ulteriore requisito dell'«indispensabilità» – presente solo nella seconda area di competenza penale³⁸ –, è la disciplina del c.d. freno di emergenza (*emergency brake*) ad incrinare lo spirito comunitario che animava la cooperazione penale dell'ex primo pilastro³⁹.

Ciò che si preme sottolineare, dunque, è il carattere ambivalente delle riforme or ora descritte. Mentre, infatti, per le materie prima confinate entro la disciplina del terzo pilastro prosegue il processo d'integrazione, per quelle (penali) originariamente rientranti nel primo pilastro l'ispirazione comunitaria della loro regolazione è stata temperata, almeno in parte, da importanti iniezioni di sovranità nazionale.

5. Il futuro delle politiche di lotta a razzismo e xenofobia alla luce del Trattato di Lisbona.

5.1. L'an dell'intervento.

Rimane da interrogarsi sull'attuale legittimità delle azioni di armonizzazione finalizzate alla *lotta contro il razzismo e la xenofobia*. Se prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la possibilità di ravvicinamento delle legislazioni penali in materia era assicurata dalla combinazione

³³ «Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata» (art. 83, co. 1, pt. 2, TFUE).

³⁴ Art. 83, co. 1, parte 1, TFUE (corsivi aggiunti).

³⁵ V. *infra*, § 5.

³⁶ A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, p. 8.

³⁷ Ci riferisce a CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05, cit., che aveva escluso una competenza comunitaria ad armonizzare, attraverso atti di primo pilastro, anche le *sanzioni* penali.

³⁸ Quella ex art. 83, co. 2, TFUE.

³⁹ La disciplina, introdotta per superare le resistenze degli Stati, consente a ciascun membro dell'UE, qualora ritenga che il progetto legislativo incida «su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale», di investire della questione il Consiglio europeo, sospendendo così la procedura ordinaria per un massimo di quattro mesi. Spirato il termine senza che si sia giunti ad un accordo – che farebbe tornare la proposta sui suoi canonici binari –, un gruppo di almeno nove Stati può decidere di proseguire in autonomia attraverso lo strumento, finora poco fortunato, delle cooperazioni rafforzate.

tra il primo ed il secondo comma del (già) art. 29 TUE – che rimandava a sua volta al (già) art. 31, lett. e), TUE –, tale strada pare ora sbarrata.

L'art. 67 del riformato TFUE⁴⁰, infatti, pur richiamando le «misure di prevenzione e di lotta contro [...] il razzismo e la xenofobia», che rimangono uno dei mezzi « per garantire un livello elevato di sicurezza», non le collega al potere di emanare norme di armonizzazione penale a ciò finalizzate. Mentre la previgente base giuridica aveva permesso l'adozione della decisione quadro n. 2008/913/GAI, la stessa legittimazione non sembra rinvenirsi, almeno *prima facie*, nell'attuale formulazione del Trattato.

Si anticipava, tuttavia, come i requisiti posti ad arginare la dirompenza del diritto penale europeo nel settore dei reati transnazionali fossero tutt'altro che baluardi sicuri. Tra i fattori indice di transnazionalità rischia di rientrare infatti il mero «carattere “comune” assunto dai beni giuridici aggrediti»⁴¹ che tende, in realtà, a derivare dall'armonizzazione stessa di cui sono stati oggetto certi reati. Proprio la *comune volontà* di combattere quelle forme di criminalità rischierebbe quindi di diventare *in sé* la base del requisito di transnazionalità che dovrebbe invece limitare *ex ante* le potenzialità dell'intervento penale europeo. Per questo, in considerazione anche di quella che è stata definita l'attitudine del bene giuridico alla «trasfigurazione» da bene nazionale a bene sovranazionale⁴², si dubita delle sue *capacità selettive* in questa sede⁴³.

Ciò nonostante, senza un'attivazione della c.d. «clausola di flessibilità»⁴⁴ che inserisca la lotta a razzismo e xenofobia nell'elenco tassativo delle forme di criminalità di cui all'art. 83, co. 1, TFUE, tale base giuridica sembra inutilizzabile. Eppure, una serie di ragioni fanno pensare che ciò non provocherà il prosciugamento delle misure penali al riguardo, che transiteranno probabilmente attraverso il canale offerto dall'art. 83, co. 2, TFUE. In modo abbastanza flessibile, tale disposizione permette il ravvicinamento legislativo quando «indispensabile» ad assicurare l'efficacia delle «politiche dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». La formulazione, in realtà, fa pensare ad un utilizzo del diritto penale in chiave meramente *sanzionatoria*, cioè volta a rafforzare l'effettività di altri corpi regolamentativi. Una sua veste *autonoma*, che si rinviene piuttosto nell'area dei reati transnazionali (*ex art. 83, co. 1*), non sembra però a priori esclusa nel settore oggetto del nostro esame ed anzi si lega all'alto *valore simbolico* implicato dal contrasto al razzismo, sfruttato per creare consenso attorno all'idea di un diritto penale europeo e consolidare un patrimonio di valori comuni dei popoli dell'Unione⁴⁵.

In conclusione, seppure il canale che sembrava più appropriato per accogliere una normazione penale di tipo autonomo sia sbarrato da un dato letterale univoco, le direttive penali sulla lotta al razzismo e alla xenofobia potranno probabilmente avvalersi della base giuridica offerta dall'art. 83, co. 2, TFUE.

5.2. Il quomodo dell'intervento.

L'aver rinvenuto una legittima competenza comunitaria nel settore in parola non ci esime tuttavia da una breve riflessione sul tipo di intervento penale possibile – o, perlomeno, auspicabile.

⁴⁰ Il quale succede al previgente art. 29 TUE come norma di apertura del Titolo sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁴¹ Come rileva A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 81 ss., spec. nota 20.

⁴² R. SICURELLA, *La tutela «mediata» degli interessi della costruzione europea [...]*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano 2007, p. 266.

⁴³ Critici A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 81 ss., spec. nota 23, e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano 2007, spec. pp. 70 ss.

⁴⁴ V. *supra*, § 4.2.

⁴⁵ Per C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 94 ss. si tratta di una tutela approntata dall'Unione al fine di costruire un'identità europea, un «comune senso di appartenenza». V., altresì, V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 536.

Di ausilio appare la distinzione tra beni giuridici *propriamente sovranazionali* e beni giuridici *di interesse comune*⁴⁶. Mentre i primi sarebbero intimamente legati, per loro natura, ad interessi di tipo comunitario che trascendono la dimensione nazionale, i secondi, in realtà, si identificherebbero in beni nazionali, rispetto ai quali il frequente carattere transnazionale della condotta criminosa, «combinato al particolare vincolo di solidarietà che lega gli Stati membri, [eleverebbe] la lotta al fenomeno ad interesse dell'Unione»⁴⁷.

La distinzione – che pure evidenzia delle difficoltà⁴⁸ – appare utile, e andrebbe perciò mantenuta e raffinata, per *graduare* l'estensione e la profondità della “competenza penale” dell'Unione. Invero, visto che le discussioni relative all'esistenza o meno di una “competenza penale” europea possono dirsi ormai accomodate, l'attenzione va spostata appunto sul *tipo* di intervento possibile. Da questa prospettiva, i principi di *sussidiarietà* ed *extrema ratio* del diritto penale meritano una valorizzazione che ne evidenzi le potenzialità anche nella delimitazione dello spazio punitivo europeo⁴⁹. A tal fine, la distinzione tra beni sovranazionali e beni di interesse comune offre il paradigma teorico per una differenziazione dell'*intensità* dell'armonizzazione a seconda della categoria in cui rientra il bene che si intende tutelare. Le prerogative nazionali – alle quali si deve generalmente accordare preferenza⁵⁰ – potrebbero perciò essere intaccate da tecniche legislative più invasive solo qualora queste ultime siano dirette a tutelare *interessi propriamente sovranazionali*. Ad obblighi espliciti di incriminazione, a fattispecie formulate in modo più stringente e ad indicazioni sul *quantum* sanzionatorio, la legislazione a tutela dei *meri “interessi comuni”* dovrebbe invece prediligere, in linea di principio, definizioni più generiche ed obblighi di tutela adeguata, lasciando così a livello interno un ampio margine di apprezzamento⁵¹.

La normativa di contrasto al razzismo, tuttavia, fatica ad inquadrarsi nella sagoma teorica sopra delineata, sfuggendo alle sue logiche proprio perchè ad altre, in ultima analisi, sembra rispondere. Come anticipato, essa assume un ruolo prettamente *simbolico-espressivo*, avendo di mira due scopi, tra loro connessi, disarmonici rispetto a quelli che dovrebbero ispirare lo *ius puniendi*. Da un lato, serve a rafforzare il consenso attorno all'idea stessa di diritto penale europeo, presentandolo come corrispondente ai valori essenziali in cui già si riconosce il cittadino dell'Unione⁵²; dall'altro, come osservano alcuni autori⁵³, viene sfruttata per costruire un *nucleo assiologico condiviso* sul quale possa poggiare l'identità europea.

Non è un difetto esclusivamente di derivazione comunitaria, quello di affiancare alla tradizionale funzione precettiva del diritto penale la diffusione di messaggi ai consociati, indirizzando precisi segnali che, grazie alla «particolare efficacia del prestigioso strumento»⁵⁴, assumono un rilievo preminente negli orientamenti di politica generale perseguiti da un'istituzione. Tale dirottamento

⁴⁶ Tracciata da R. SICURELLA, *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000*, cit., pp. 68 ss.

⁴⁷ R. SICURELLA, *Il Corpus Juris*, cit., p. 70.

⁴⁸ V. R. SICURELLA, “*Eppur si muove!*»: *alla ricerca di un nuovo equilibrio [...]*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 251 ss.

⁴⁹ L'opportunità fu segnalata, già dagli albori del diritto penale europeo, da F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle comunità europee*, in AA. VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968, spec. p. 219.

⁵⁰ La loro precedenza, sancita dal principio di sussidiarietà comunitaria, si fonda sulla posizione privilegiata di ciascuno Stato nella valutazione dei bisogni di pena e sulla maggiore legittimazione democratica di cui esso gode.

⁵¹ Cfr. le indicazioni del *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvE 2/08, 30 giugno 2009, (trad. it. di J. LUTHER per incarico dell'Ufficio studi della Corte costituzionale italiana), spec. §§ 252, 253, 351 e 358.

⁵² Tentando così di superare quell'idea che lo vede ancora come «un diritto penale *mercantile*, proprio di una società di – pur evolutissimi – bottegai» espressa, ad esempio, da C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio ed i presupposti generali di applicazione delle pene*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti*, cit., p. 173.

⁵³ V. MITSILEGAS, *The third wave*, cit., pp. 532 e 536 s.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 94 ss. e 162 ss. che accomuna, da questo punto di vista, la decisione quadro sul razzismo a quella 2004/68/GAI, 22 dicembre 2003, sulla «lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile».

⁵⁴ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, p. 14; v., altresì, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, 2° ed., Napoli, 1997, spec. pp. 99, 100, 105 e 110.

della funzione del diritto penale non può che ripercuotersi negativamente, però, sui principi fondamentali di garanzia tra cui quelli di certezza, tassatività, responsabilità personale e finalità rieducativa della pena⁵⁵.

La netta presa di posizione contro siffatta legislazione non ci esime dal tentativo di limitarne le potenzialità illiberali, accresciute da un contesto comunitario a forte rischio di “panpenalizzazione”⁵⁶.

Innanzitutto, l’attribuzione di efficacia giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea schiude la possibilità di un incisivo vaglio, da parte della Corte di Giustizia, sul rispetto dei diritti fondamentali ivi riconosciuti. Significativamente, l’art. 67 TFUE afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia andrà realizzato «nel rispetto dei diritti fondamentali». Sempre con maggior frequenza, inoltre, vista l’espansione della sua giurisdizione, la Corte sarà portata ad interpretare concetti di parte generale quali l’istigazione, la partecipazione o il tentativo – già presenti nelle vigenti decisioni-quadro –, fruendo così di una preziosa occasione per definirne la portata in ossequio ai menzionati principi fondamentali.

Infine, è da ribadire l’esigenza del rispetto del principio di *extrema ratio* a livello comunitario. Pur ammettendo le difficoltà sulla tenuta pratica di tale nozione, si condivide una sua lettura⁵⁷ che obblighi l’Unione a dimostrare – facilitata dalla presenza delle *motivazioni* a corredo delle proposte legislative della Commissione –: *a)* che si sono già verificate *frequenti e continue violazioni* riguardanti le norme attinenti la politica in questione; e *b)* che queste inosservanze non possono essere fronteggiate efficacemente né, in prima istanza, da misure *nazionali*, né, in seconda istanza, da provvedimenti di carattere *non penale*⁵⁸. In questo vaglio, di cruciale importanza sarà la lettura che i parlamenti nazionali vorranno dare alle loro nuove prerogative in merito al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà da parte degli atti europei.

III

6. Il contesto normativo in cui si inserisce la decisione quadro 2008/913/GAI: uno sguardo alla diffusione del reato di negazionismo.

Esplorati i presupposti per un intervento europeo di lotta antirazzista, si può passare all’analisi delle specifiche disposizioni della decisione quadro al nostro esame, partendo da una rapida disamina del contesto in cui essa va ad inserirsi.

L’azione di contrasto al fenomeno razzista da sempre occupa uno spazio centrale nelle preoccupazioni delle istituzioni europee. Ad esempio, nel 1997, proclamato «anno europeo contro il razzismo»⁵⁹, svariate sono state le iniziative, tra le quali l’istituzione a Vienna dell’Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia⁶⁰. Il Trattato di Amsterdam, poi, ha introdotto l’art. 13 TCE (al quale è succeduto l’art. 19 TFUE) che ha costituito la base giuridica per le azioni di contrasto alla discriminazione. Hanno chiesto un rafforzamento di tali politiche anche le conclusioni

⁵⁵ L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., p. 14.

⁵⁶ Messo in luce, tra gli altri, da V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., pp. 110 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Introduction. Objectifs et méthodes*, in ID., M. PIETH, U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, Parigi 2008, pp. 19 ss., spec. p. 21; F. IRURZUN MONTORO, *¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?*, in L.A. ZAPATERO, A. NIETO MARTIN (a cura di), *El derecho penal de la Unión europea*, Cuenca 2007, p. 67; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 1157 ss.

⁵⁷ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo sulle conseguenze della sentenza CGCE, 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione c. Consiglio.

⁵⁸ Tale lettura è supportata da un ulteriore dato testuale rinvenibile nell’art. 67 TFUE che, nell’elencare una serie articolata di misure per ottenere un «livello elevato di sicurezza», ammette il ricorso a quella dell’armonizzazione in materia penale solo *se necessario*.

⁵⁹ *Gazz. uff. Un. eur.*, C237 del 15 agosto 1996, p. 1. V., comunque, le risoluzioni che già dal 1986 sono state adottate dal Parlamento europeo (ad es., quella del 25 giugno 1986 contro il razzismo e la xenofobia).

⁶⁰ Regolamento del Consiglio, 2 giugno 1997, n. 1035/97; l’Osservatorio è stato poi assorbito dalla *Fundamental Rights Agency* creata con Regolamento del Consiglio 15 febbraio 2007, n. 168/2007.

del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999⁶¹ nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 21 settembre 2000⁶².

Quanto al livello normativo, l'antecedente della decisione quadro in esame è costituito dall'azione comune 96/443/GAI⁶³ che, al di là della sua ambigua forza vincolante, va segnalata perché offre la prima definizione a livello europeo di condotte riconducibili al fenomeno del negazionismo⁶⁴. Oltre alle condotte di a) *istigazione* pubblica alla discriminazione, alla violenza ed all'odio razziale⁶⁵, b) *diffusione* e distribuzione pubbliche di materiale razzista e c) *partecipazione* ad attività di gruppi razzisti, si fa menzione degli atti di *apologia* pubblica, a fini razzisti o xenofobi, dei crimini contro l'umanità e delle violazioni dei diritti dell'uomo, nonché della *negazione* pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga⁶⁶. In quest'ultimo caso, la punibilità è subordinata però alla condizione che la negazione «comprenda un comportamento sprezzante e degradante» nei confronti del gruppo-vittima. Dunque, per far fede al dichiarato intento di rispettare la CEDU e gli altri obblighi internazionali⁶⁷, il negazionismo non viene punito come espressione di un'opinione *tout court* ma solo se si concretizza in un comportamento infamante, offensivo nei confronti delle vittime.

Questo elemento aggiuntivo è cruciale anche nell'analisi delle legislazioni nazionali sul negazionismo, che si modellano su tale dicotomia. Agli ordinamenti che puniscono le espressioni negazioniste *in sé*⁶⁸, infatti, si contrappongono quelli dove esse sono incriminate se ed in quanto rientrano nelle generali fattispecie – ormai diffuse in tutta Europa – di *propaganda* o *incitamento* all'odio, alla violenza o alla discriminazione razziale⁶⁹. Anche all'interno del primo gruppo, variano

⁶¹ In <http://ue.eu.int/it/Info/eurocouncil/index.htm>.

⁶² Gazz. uff. Un. eur., C146 del 17 maggio 2001, p. 110.

⁶³ Azione comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del TUE (Maastricht), «nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia», pubblicata in Gazz. uff. Un. eur., L185 del 24 luglio 1996, p. 5.

⁶⁴ Per un'ampia prospettiva, non limitata all'analisi degli aspetti penalistici del negazionismo, E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pp. 1034 ss.; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in Ragion pratica, 2008, pp. 27 ss.; ID., *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, pp. 155 ss., ai quali si rimanda anche per ampi riferimenti bibliografici. Favorevole all'introduzione di tale reato A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in Riv. dir. pubbl. comp. eur., 2006, pp. XIV ss. V., altresì, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., pp. 217 ss.; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS et al. (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 41 ss.; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in Studi Marinucci, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, I, Milano, 2006, pp. 730 ss.; P. VIDAL-NAQUET, *Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008; L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper n. 10/09; F. DUBUISSON, *L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression?*, in Revue droit Université Libre de Bruxelles, 2007, pp. 135 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in Rass. parl. 2007, 857 ss.

⁶⁵ Istigazione che dev'essere rivolta «nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica».

⁶⁶ Precisamente, si tratta dell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 aprile 1945, che attribuiva la competenza al Tribunale per tre categorie di crimini internazionali: i crimini contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità.

⁶⁷ Art. C, Titolo I, Azione comune 96/443/GAI, cit.

⁶⁸ V., ad esempio, l'art. 24 bis della legge francese 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa, aggiunto dalla c.d. *Loi Gayssot* n. 90-615 del 13 luglio 1990 che punisce chiunque contesti l'esistenza dei crimini nazisti per i quali vi sia stata una condanna da parte di un tribunale francese o internazionale; v. altresì la *Verbotsgesetz* austriaca sulla proibizione del nazionalsocialismo del 1945 dopo gli emendamenti del 26 febbraio 1992.

⁶⁹ V., ad esempio, la Gran Bretagna – dove è punito chi, attraverso espressioni «threatening, abusive or insulting», intende incitare (*stir up*) all'odio razziale o religioso (v., *amplius*, Public Order Act 1986, Part 3 (spec. art. 18) e Part 3A, inserita dal Racial and Religious Hatred Act 2006 del 16 febbraio 2006, in <http://www.statutelaw.gov.uk/>). Anche in Olanda gli artt. 137c, 137d e 137e c.p. delimitano l'area di illiceità penale alle condotte di incitamento all'odio e alla discriminazione razziale. Una legislazione simile si riscontra pure in Danimarca (art. 266b c.p.), Finlandia (art. 8 c.p., interpretato tra l'altro molto restrittivamente) e informa l'attuale situazione in Italia (v. *infra*, § 9).

sia le *condizioni* poste per la rilevanza penale del negazionismo – talvolta subordinata al turbamento della pace pubblica – sia l’*oggetto* delle espressioni proibite – centrato sul solo Olocausto, esteso anche ad altri genocidi o crimini contro l’umanità, fino a ricomprendere tutti i crimini internazionali.

La fondamentale frattura evidenziata emerge pure con riguardo al Protocollo addizionale della Convenzione sulla criminalità informatica⁷⁰, viene cristallizzata nella decisione quadro 2008/913/GAI ed è verosimilmente destinata a protrarsi, come si vedrà, anche successivamente alla completa recezione di tali normative.

Ci si limita a dar conto delle disposizioni più rilevanti ai fini della presente analisi. L’art. 6 del Protocollo addizionale obbliga le parti contraenti a punire la diffusione, attraverso un sistema informatico, di materiale che neghi, minimizzi grossolanamente, approvi o giustifichi atti costituenti *genocidio o crimini contro l’umanità*. Precisa, la norma, di riferirsi a quei soli crimini qualificati come tali da una decisione definitiva e vincolante del Tribunale militare di Norimberga o da altre corti internazionali la cui giurisdizione sia riconosciuta dallo Stato parte. Questa limitazione dell’oggetto della condotta punita ai soli fatti per i quali sia già intervenuta una sentenza passata in giudicato – clausola chiaramente ispirata al *modello francese* – fa affiorare problemi ed iniquità che si analizzeranno nel paragrafo seguente.

Ma è il comma successivo che riflette ancor meglio la *summa divisio* tra gli ordinamenti europei. Agli Stati è lasciata l’alternativa tra il riservarsi di non applicare, in tutto o in parte, l’art. 6 ed il subordinare l’illiceità penale delle condotte ivi descritte all’accertamento della *specifica intenzione* di incitare all’odio, alla discriminazione o alla violenza razziale. In altri termini, si permette di continuare a punire le manifestazioni negazioniste esclusivamente qualora siano “*qualificate*” – cioè si configurino come *forme di istigazione* all’odio e alla discriminazione razziale – fermo restando il carattere lecito del *negazionismo “puro”*⁷¹.

Intanto, nel tempo resosi necessario ad approvare la decisione quadro, alcune pronunce delle supreme magistrature nazionali sono giunte ad arricchire lo scenario. Malgrado gli eterogenei ragionamenti in diritto, gli alti organi giurisdizionali di Olanda⁷², Ungheria⁷³ e Spagna⁷⁴ tracciano delle linee che combaciano quanto ai vincoli che ne derivano per i rispettivi legislatori interni. Il fattore comune risiede nella contrarietà della criminalizzazione del negazionismo “puro” – cioè punito in sé, senza necessità di provare nessun altro elemento fattuale o psicologico – con le pertinenti norme costituzionali sulla libertà di espressione. All’opposto, le corti costituzionali di Germania⁷⁵ e Belgio⁷⁶ hanno confermato le soluzioni legislative al loro esame con motivazioni che sembrano legittimare una valutazione di *pericolosità in sé* delle affermazioni negazioniste⁷⁷.

Desta interesse la disposizione portoghese (art. 240, co. 2, c.p.): è l’unica tra quelle prese in considerazione che, pur tipizzando espressamente le condotte negazioniste, ne subordina la punibilità alla condizione che si riscontri un *intento di discriminazione razziale*. Anche l’art. 261 *bis*, del c.p. svizzero richiede un motivo razzista, ma la sua formulazione risulta piuttosto ambigua.

⁷⁰ *Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 2003. In Italia, al momento, la ratifica, avvenuta con legge 18 marzo 2008, n. 48, si è limitata alla sola Convenzione di Bucarest sulla criminalità informatica.

⁷¹ Chiamato, nella dottrina tedesca, “*einfache Auschwitzlüge*”.

⁷² I giudici olandesi, nel condannare alcuni scritti o discorsi negazionisti, hanno valorizzato gli elementi di contesto per verificare la sussistenza del richiesto dolo specifico (v. nota 69).

⁷³ Corte costituzionale della Repubblica di Ungheria, sentenza n. 30/1992, in <http://www.mkab.hu/>. Cfr., inoltre, le decisioni di incostituzionalità del 30 giugno 2008, sentenze nn. 95/2008 e 96/2008. Si segnala, tuttavia, che il 22 febbraio 2010 il Parlamento ungherese ha approvato una legge che incrimina le condotte di negazione, contestazione o minimizzazione pubblica dell’Olocausto. Dall’8 giugno 2010 il reato è stato esteso ai «genocidi commessi dai regimi comunisti e fascisti» (v. <http://rt.com/politics/nazism-communism-hungary-equate/>).

⁷⁴ *Tribunal Constitucional de España*, sentenza 7 novembre 2007, n. 235 in <http://www.tribunalconstitucional.es/>.

⁷⁵ V. il celebre caso *Auschwitzlüge* (bugia di Auschwitz), sentenza 13 aprile 1994, commentata in M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell’asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3390 ss.; W. BRUGGER, *The Treatment of*

La menzionata divaricazione tra gli Stati che accolgono l'uno o l'altro – “puro” o “qualificato” – archetipo di fattispecie, dunque, si approfondisce forse irrimediabilmente.

7. Profili descrittivi della decisione quadro.

La decisione quadro 2008/913/GAI viene alla luce trascorsi ben sette anni dalla presentazione della proposta da parte della Commissione⁷⁸, a conferma della difficoltà di raggiungere un compromesso accettabile da parte di tutti gli Stati membri. Essa comprende un cospicuo numero di misure in materia di lotta a razzismo e xenofobia tra le quali: l'introduzione dell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio razziale, dell'aggravante dei motivi razzisti e xenofobi, della responsabilità delle persone giuridiche nonché di norme procedurali sull'esercizio dell'azione penale e sulla competenza giurisdizionale⁷⁹.

L'ambito di indagine sarà circoscritto alla fattispecie dal nostro punto di vista più problematica, il reato di negazionismo previsto dall'art. 1, co. 1, lett. c) e d), che si affianca a quello di *istigazione pubblica alla violenza o all'odio* – anche attraverso la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale – nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in base a razza, colore, religione⁸⁰, ascendenza oppure origine nazionale o etnica (art. 1, co. 1, lett. a) e b)). Negazionismo che viene descritto come *apologia, negazione o minimizzazione grossolana* dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra – come definiti dallo statuto della Corte penale internazionale – nonché di quelli elencati dall'art. 6 dello statuto del Tribunale di Norimberga. A livello sanzionatorio, la pena è indicata mediante la tecnica del c.d. *compasso edittale*: la soglia massima dovrà cioè essere compresa tra *almeno* uno e tre anni di reclusione⁸¹. Queste indicazioni sull'entità del castigo legale non valgono per i reati previsti dall'art. 2, la cui punizione dovrà essere affidata a «sanzioni penali efficaci, proporzionate e

Hate Speech in German Constitutional Law (parte 1), in German Law Journal, 2002, Vol. 3, No. 12, pp. 20 ss., e (parte 2), in German Law Journal, 2003, pp. 1 ss.

⁷⁶ *Cour d'arbitrage de Belgique*, 12 luglio 1996, in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1997, pp. 111 ss., con nota di F. RINGELHEIM.

⁷⁷ Altre sentenze che hanno fatto la storia del trattamento giurisprudenziale del reato di negazionismo sono *R. v. Zundel* [1992] 2 RCS 731, in cui la Corte Suprema canadese dichiara incostituzionale la fattispecie di diffusione di notizie false (art. 181 c.p.); *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, High Court of Justice, Queen's bench division, n.11996-I-1113, 11 aprile 2000, procedimento civile per il risarcimento dei danni azionato in Inghilterra da Irving contro Lipstadt per le presunte affermazioni diffamatorie che quest'ultima avrebbe inserito in un suo libro, v. D. GUTTENPLAN, *The Holocaust on Trial: History, Justice and the David Irving Libel case*, New York, 2001; I.J. PATRONE, *L'Olocausto, il giudice inglese ed il «caso Irving»*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 747 ss., e da M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 116 ss.

⁷⁸ Cfr. la proposta COM (2001) 664, 28 novembre 2001. Solo il 19 aprile 2007 è stato trovato un accordo di compromesso, sulla base del testo 8544/07 DROIPEN 34. Sui lavori preparatori v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, pp. 37 ss.

⁷⁹ V. L. PECH, *The Law of Holocaust Denial*, cit., pp. 39 ss.; B. RENAULD, *La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union Européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2010, pp. 119 ss.; J.J. GARMAN, *The European Union combats racism and xenofobia by forbidding expression: an analysis of the Framework Decision*, in University of Toledo Law Review, 2008, pp. 843 ss.; D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 154 ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., pp. 98 ss.; Id., *The third wave*, cit., p. 530 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., pp. 37 ss. e 259 ss.

⁸⁰ Aggiunge il comma 2 che « il riferimento alla religione è diretto a comprendere almeno i comportamenti usati come pretesto per compiere atti contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica».

⁸¹ Si parla in questo caso di *livello minimo del massimo edittale*. Si tratta di una tecnica normativa che, pur approntando un certo grado di armonizzazione, tenta di salvaguardare la potestà punitiva nazionale, tenendo conto delle forti differenze tuttora esistenti tra i sistemi punitivi degli Stati membri. L'apposizione di vincoli più stringenti, in tale contesto, finirebbe per influire negativamente sulla coerenza interna degli ordinamenti penali senza, tra l'altro, giungere ad un'effettiva armonizzazione, impedita dalle eterogenee discipline sul trattamento penitenziario. Per un approfondimento, v. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 98 ss.

dissuasive». Le condotte sono qui identificate nell'*istigazione* ai comportamenti di cui all'art. 1, co. 1, lett. *c*) e *d*), e la *complicità* nel porre in essere le condotte previste all'art. 1.

Per la prima volta, insomma, l'oggetto delle espressioni proibite – agli albori del reato di negazionismo limitato all'Olocausto – si estende fino a coprire tutti i crimini internazionali. I timori di restringere eccessivamente la libertà di espressione, combinati con la necessità di raggiungere l'unanimità richiesta per l'approvazione degli atti del terzo pilastro, tuttavia, hanno portato a circondare il testo normativo di una serie di cautele e riserve giungendo, come si vedrà, a permettere ad ogni Stato membro di mantenere gli aspetti fondamentali della propria legislazione in materia. Una prima precisazione va fatta in merito alla stessa definizione delle condotte negazioniste incriminate (art. 1, co. 1, lett. *c*) e *d*)), sottoposte ad un duplice requisito: esse devono risultare *a*) dirette pubblicamente contro uno degli elencati gruppi-vittima o di un suo membro⁸² e *b*) atte ad *istigare* alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro. Sembrerebbe quindi che il comportamento sia punibile solo in quanto qualificabile come istigazione – perlomeno indiretta – rientrando così nell'ambito di operatività della fattispecie di cui all'art. 1, co. 1, lett. *a*) e *b*), della quale costituisce semmai una forma di manifestazione. Di conseguenza vengono sterilizzati, in relazione a tale aspetto, gli effetti giuridicamente vincolanti della decisione quadro nei confronti di quegli ordinamenti che vietano il negazionismo solo se qualificato – inquadabile cioè nell'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione razziale –, i quali non saranno obbligati ad alcuna modifica.

In aggiunta a questa restrizione, che opera direttamente a livello di definizione delle condotte, la decisione quadro contiene varie clausole, plasmate sui diversi modelli di incriminazione degli Stati membri, che ne alleggeriscono ulteriormente il reale impatto di armonizzazione, mostrandone il volto principalmente simbolico.

Un primo margine di manovra è fornito dal secondo comma dell'art. 1 che lascia agli Stati la libertà di rendere punibili soltanto i comportamenti «atti a turbare l'*ordine pubblico*» o che «sono *minacciosi, offensivi o ingiuriosi*»⁸³. Mentre il riferimento all'ordine pubblico richiama l'archetipo sviluppatosi in Germania⁸⁴, l'ultima parte ripropone quello in vigore in Gran Bretagna⁸⁵.

La seconda clausola si ispira invece al modello francese, rendendo possibile – ma non obbligatorio – l'inserimento, in fase di trasposizione, di un ulteriore elemento del reato. La punibilità della negazione o della minimizzazione grossolana⁸⁶ potrà essere circoscritta alle espressioni riguardanti solo quei crimini internazionali che siano stati accertati da una decisione passata in giudicato emessa da un tribunale internazionale e/o da un organo giurisdizionale dello Stato membro.

Ipotizzando un completo recepimento della decisione quadro, questa clausola – una volta sradicata dal sistema francese, nel quale il reato di negazionismo copre esclusivamente i crimini nazisti – conduce però ad esiti paradossali, discriminando irragionevolmente tra crimini di indubbio carattere atroce e massivo. Come giustificare infatti – una volta compresi persino i crimini di guerra nell'alveo di protezione originariamente riservato all'Olocausto – l'esclusione del genocidio armeno (mai oggetto di procedimento giurisdizionale) a fronte della tutela apprestata, ad esempio, rispetto ad una campagna di bombardamenti a Sarajevo i cui responsabili sono stati condannati in via definitiva per crimini di guerra dal Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia? Mentre, in base a tale clausola, rimarrebbe impunito chi nega l'esistenza del massacro degli armeni, rischierebbe invece la condanna quel giornalista, per esempio, che contestasse alcune sentenze del Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia o di quello per il Ruanda.

⁸² Per i problemi sollevati rispetto all'identificazione di tali gruppi, con una acuta riflessione sugli opposti criteri oggettivo e soggettivo, v. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in AA. VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Milano, 2010, pp. 405 ss.

⁸³ Corsivi aggiunti in entrambe le citazioni.

⁸⁴ V. § 130 StGB e, *supra*, il paragrafo precedente.

⁸⁵ Art. 18 Public Order Act 1986, v. nota 69.

⁸⁶ Ma non quella dell'apologia.

Un'ultima limitazione alla piena efficacia delle disposizioni in parola viene dai molteplici riferimenti alle norme sulla libertà di espressione di cui è cosparso il testo normativo. Già nei *considerando* che precedono la parte vincolante, la decisione quadro premette difatti di rispettare i diritti fondamentali⁸⁷. La preoccupazione di incidere negativamente su di essi si palesa altresì nell'articolato, dove l'art. 7 – in modo criptico – ribadisce che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, tra cui la libertà di espressione e di associazione, non è modificato per effetto della presente decisione quadro». Precisazioni, queste, delle quali non è agevole comprendere la reale efficacia, al di là delle finalità *simbolico-rassicuranti*.

8. Osservazioni critiche sulla decisione quadro, con particolare riguardo al reato di negazionismo.

8.1. L'Olocausto come topos fondativo.

Emerge, dall'analisi delle articolate riserve e clausole di flessibilità inserite nella decisione quadro, come essa non sia destinata ad alterare radicalmente le norme nazionali in materia, lasciando un notevole margine di apprezzamento in fase di trasposizione. Tutti i principali archetipi che si riscontrano nel panorama europeo in tema di negazionismo sono stati infatti recepiti, nei loro tratti essenziali, dalla menzionata normativa. Pertanto, nessuno stringente obbligo è imposto agli Stati, i quali possono mantenere il tipo di incriminazione prescelto.

Questa considerazione avvalorata la tesi secondo cui lo scopo reale sotteso all'intervento risponde ad esigenze di tipo simbolico, volte a *trasmettere un chiaro messaggio al cittadino europeo*⁸⁸.

Messaggio che non è limitato ad una presa di posizione contro il razzismo in generale, ma risente del significato che riveste l'Olocausto nelle società dell'Europa continentale che maggiormente ne hanno raccolto la pesante eredità. I governi, specialmente quelli più coinvolti nella tragedia, sentono il bisogno di ribadire, anche attraverso il diritto penale, la loro distanza dall'ideologia nazista che ne ha permesso l'accadimento.

Ciò si collega ad un'altra osservazione, che fa leva sul valore fondante rappresentato dall'Olocausto. L'ipotesi avanzata è che ogni istituzione politica – sia tirannica o democratica – fonda la propria legittimità su alcuni «*tabù* ideali e materiali, [su] alcuni *miti fondatori* che necessitano di essere protetti»⁸⁹. La condanna delle atrocità naziste, ed in particolare del genocidio degli ebrei, sarebbe non solo la base su cui sono fiorite alcune tra le principali democrazie costituzionali europee, ma anche la linfa che ha dato slancio alla moderna dottrina dei diritti umani. Il disgusto e l'angoscia esistenziale scaturiti dalla «totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano»⁹⁰ giocherebbero un ruolo nella legittimazione degli attuali ordinamenti, rifondati nell'intento di scongiurare in futuro il ripetersi di simili tragedie; per questo, la verità storica che così tenacemente viene protetta e riconosciuta assolve il ruolo di *fondamento del sistema* da difendere contro una sua erosione che non potrebbe sfociare nella destabilizzazione degli attuali assetti politico-sociali. Alla luce di ciò, si comprende come il discorso negazionista scuota le basi «[del]l'universo etico-politico sorto dopo la seconda guerra mondiale», logorando quel «*patto etico*» rappresentato dal rifiuto incondizionato degli orrori nazisti; esso «attacca dunque il momento costituente della democrazia, molto più che i suoi aspetti costituiti»⁹¹.

Del ruolo giocato dal negazionismo sembra essere pienamente consapevole anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, visto che in quasi tutte le decisioni sul tema ribadisce che tali manifestazioni

⁸⁷ V. il *considerando* 14.

⁸⁸ V. *supra*, § 5.2. Così anche A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., p. 103, nota 109.

⁸⁹ A. BURATTI, *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico*, in *Giur. it.*, 2005, spec. p. 2247. Nello stesso senso, M. MANETTI, *Libertà di pensiero*, cit., p. 46.

⁹⁰ A. BURATTI, *L'affaire Garaudy*, cit., p. 2247.

⁹¹ Citazioni da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., p. 53.

del pensiero «vanno contro una delle *idee fondanti* della Convenzione, che trova espressione nel suo preambolo, vale a dire la giustizia e la pace»⁹². I principi e i fatti affermati a Norimberga rappresenterebbero dunque il fondamento di un *nuovo ordine mondiale*⁹³ e, da questo punto di vista, le condotte razziste e negazioniste non possono che essere «intrinsecamente incompatibili con la Convenzione»⁹⁴, che sin dal suo preambolo esprime la propria finalità di evitare il futuro ripetersi di quegli avvenimenti – i crimini nazisti – che hanno costituito la spinta principale per la sua adozione. Pare emergere allora un concetto di «*ordine pubblico ideale della comunità internazionale*»⁹⁵ che la Corte sembra difendere più ancora dei principi di libertà proclamati dalla CEDU, servendosi di uno strumento che perfettamente si inquadra nella logica ora descritta: l'art. 17 CEDU sull'abuso del diritto⁹⁶.

Anche l'Unione europea si è dimostrata consapevole di quanto si sta sostenendo, se, oltre ad aver fatto della lotta al razzismo e alla xenofobia uno dei suoi capisaldi⁹⁷, afferma nell'esaminata decisione quadro che questi fenomeni «costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo [...], *principi sui quali l'Unione europea è fondata* e che sono comuni agli Stati membri»⁹⁸.

Si spiegano così anche le diverse sensibilità dimostrate dai vari paesi intorno alla tematica del negazionismo: tanto più la loro base di legittimazione può rintracciarsi nel ripudio delle atrocità naziste, quanto più avvertita sarà l'esigenza di criminalizzare le condotte che la mettono in discussione. Per questo l'Europa – e in particolare la Germania, antica culla dell'ideologia nazista – si erge come difensore privilegiato dell'intangibilità di quella verità storica, di quel patto etico, mentre altri Stati non coinvolti direttamente nel conflitto appaiono meno sensibili. In questo quadro, ben si comprende la diffidenza e l'opposizione manifestata dai paesi scandinavi in seno al Consiglio dell'UE al momento dell'adozione della decisione quadro sul negazionismo: la restrizione alla libertà di espressione non sarebbe stata giustificata da alcun pericolo per le loro fondamenta, essendo essi rimasti pressoché estranei a quegli avvenimenti storici.

Concludendo, la *Shoa* non è un genocidio come gli altri e gode indubbiamente di un rilievo privilegiato rispetto a tragedie di analogo carattere atroce e massivo, venendo a rappresentare, mutuando parole riferite ad altri fenomeni, un «fattore di unità morale»⁹⁹.

8.2. Gli effetti di armonizzazione della decisione quadro.

⁹² Caso *Remer v. Germany*, (dec.), 6 settembre 1995, 25096/94, § 1 in diritto (corsivo aggiunto). Alcune altre decisioni della Corte di Strasburgo in tema di negazionismo – tutte di inammissibilità del ricorso – sono: *X. v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 16 luglio 1982, 9235/81; *T. v. Belgium*, 14 luglio 1983, (dec.), 9777/82; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.) 29 novembre 1995, 25992/94; *Pierre Marais v. France*, (dec.), 24 giugno 1996, 31159/96; *Lehideux et Isorni v. France*, cit. – l'unica che, non trattando propriamente di negazionismo, accoglie la doglianza; *Witzsch v. Germany (1)*, (dec.), 20 aprile 1999, 41448/98; *Garaudy v. France*, (dec.), 24 giugno 2003, 65831/01; *Witzsch v. Germany (2)*, (dec.), 13 dicembre 2005, 7485/03.

⁹³ M. MANETTI, *Libertà di pensiero*, cit., p. 44; colloca il processo di Norimberga nell'ambito di una «esemplare e spettacolare politica della punizione» che ha contribuito a «sancire e legittimare la nascita di un nuovo ordine internazionale», L. BALDISSARA, *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della «giustizia politica»*, in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, pp. 8 s. e *passim*.

⁹⁴ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 220.

⁹⁵ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVI.

⁹⁶ L'orientamento consolidato consiste nel ritenere che la negazione di «fatti storici chiaramente acclarati» – quali l'Olocausto – sia rimossa *ex art. 17* dalla protezione garantita dalla CEDU; da tali avvenimenti vengono distinti, al contrario, quelli su cui vi sia un dibattito storico ancora in corso. L'utilizzo di tale disposizione ha carattere particolarmente incisivo, perchè impedisce l'attivazione stessa del vaglio di proporzionalità e necessità della restrizione implicato dall'art. 10 CEDU sulla libertà di espressione.

⁹⁷ V. *supra* §§ 6 e 7.

⁹⁸ Considerando 1, corsivo aggiunto.

⁹⁹ Espressione tratta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 440/1995, § 3.1 in diritto e riferita alla religione cattolica quale religione di Stato.

Le considerazioni finora svolte hanno fatto affiorare due declinazioni del carattere simbolico sotteso alla criminalizzazione del negazionismo: la prima, di tipo contingente, viene sfruttata dall'Unione europea per ragioni essenzialmente costituzionali ed identitarie; la seconda, inerente alla condotta di contestazione dell'Olocausto, deriva dalla connessione del rifiuto di tale atrocità con la scelta assiologica alla base di molti degli ordinamenti politici europei. In entrambi i casi gli attori istituzionali sono interessati più a *mandare un messaggio ai consociati*, che non ad assicurare un'efficacia pratica della fattispecie. Si è visto infatti come la decisione quadro, anche a causa dell'eterogeneità degli approcci europei in materia, non ponga dei vincoli particolarmente stringenti agli Stati. Tuttavia, alcune delle sue disposizioni sollevano problemi di contrasto con i principi fondamentali del diritto penale, preoccupando chi come noi non vede con favore, per le ragioni che si esporranno, la criminalizzazione del negazionismo "puro".

Innanzitutto, su un piano politico generale, la (artatamente) addotta necessità di adeguare agli obblighi europei i sistemi che non puniscono espressamente il negazionismo può svilire la discussione sull'opportunità di una simile incriminazione, presentata come l'ineluttabile adempimento di un vincolo esterno.

Venendo al piano giuridico, non è chiaro fino a che punto si spinga il margine di apprezzamento statale in fase di trasposizione della decisione quadro. Si è notato come quest'ultima lasci sostanzialmente aperta l'alternativa tra l'incriminazione del negazionismo *tout court* e quella della sua forma qualificata, cristallizzando la dicotomia al momento esistente tra i membri dell'Unione. Una volta che abbiano però effettuato la scelta a favore del primo modello, non sembra che gli Stati possano sottrarsi ad almeno tre effetti di armonizzazione: a) l'identificazione delle *condotte* vietate nella negazione, apologia e minimizzazione grossolana; b) l'estensione dell'*oggetto* di tali espressioni a tutti i crimini internazionali e c) l'adozione, per questi ultimi, di una *definizione* comune¹⁰⁰. In altri termini, a meno di rinunciare ad attribuire un qualunque minimo significato giuridicamente vincolante alla decisione quadro in esame, non sembra che agli Stati sia stata lasciata una completa facoltà di *shopping* tra le varie clausole. Perciò, quelli che optino – o abbiano già optato – per l'incriminazione del negazionismo "puro" potranno scegliere di includere o meno gli altri elementi aggiuntivi sopra indicati¹⁰¹ (ad esempio, il riferimento alla pace pubblica o alla decisione definitiva di un tribunale nazionale o internazionale), ma rimarranno vincolati quanto all'identificazione delle modalità espressive vietate – la *condotta* – e dei crimini ai quali si estende la protezione contro la contestazione – l'*oggetto* dei discorsi proibiti – in base ad una loro *definizione* uniforme.

8.2.1. (continua): a) l'unificazione delle modalità di condotta.

Non negando la dubbia afferrabilità di tutte le modalità di azione tipizzate, la condotta che maggiormente contrasta con il principio di tassatività è quella di *minimizzazione grossolana*. Essa consisterebbe nella relativizzazione del fatto criminoso per farlo divenire "uno dei tanti massacri"; è quanto già concretamente addebitato al politico francese di estrema destra Jean-Marie Le Pen che in una conferenza stampa giudicò le camere a gas come un «dettaglio nella storia della seconda guerra mondiale»¹⁰².

Se si assume che minimizzare equivale a "relativizzare", "porre a confronto" per far venir meno l'unicità di un evento storico, anche altre opinioni possono *in astratto* rientrare nel perimetro di questa definizione. Sergio Romano, ad esempio, dopo aver constatato che le guerre del XX secolo hanno ucciso non meno di 87 milioni di persone, che nei gulag sovietici persero la vita 12 milioni di civili ai quali vanno aggiunte altre 7 milioni di vittime della collettivizzazione staliniana, conclude:

¹⁰⁰ La comune definizione è data dal rinvio operato dalla decisione quadro ai testi degli Statuti della Corte penale internazionale e del Tribunale militare internazionale di Norimberga.

¹⁰¹ V. *supra* § 7.

¹⁰² Cf. M. CERASE, *Il revisionismo storico al vaglio del Parlamento europeo: Le Pen a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1671 ss.

«Non tutti questi genocidi hanno agli occhi della pubblica opinione la stessa importanza. Quello degli ebrei occupa, nell'immaginazione collettiva del mondo occidentale, uno spazio dominante»¹⁰³. In questo modo, però, il giornalista sembra svalutare o relativizzare l'Olocausto, dipingendolo come *uno dei* terribili massacri avvenuti nel corso della storia più recente: attraverso il suo accostamento con altre tragedie, pare insomma che ne *minimizzi* la portata. Certo, si potrebbe asserire che il lemma "minimizzare" sia da leggere in modo più restrittivo come tentativo di "riduzione al minimo" dell'importanza di un evento storico; anche così, comunque, l'incertezza semantica resta foriera di arbitri applicativi.

Per distinguere tra le due situazioni esposte non vale neppure addurre la diversità dell'elemento psicologico dei due autori a confronto. La punibilità di tali affermazioni prescinde infatti dall'accertamento di un qualunque coefficiente mentale poiché l'ipotesi di partenza è quella di una criminalizzazione del negazionismo "puro", cioè affrancato da altri indici di pericolosità della condotta – quali, ad esempio, l'intenzione di discriminazione razziale. Un ruolo centrale di selezione verrà perciò giocato dall'aggettivo «*grossolano*» che – inteso come "poco accurato", "poco rifinito", "poco raffinato" o "approssimativo" – riduce, in ultima analisi, la differenza tra le citazioni di Romano e quelle di Le Pen ad una questione di forma e di contesto in cui eccessiva si fa la discrezionalità giudiziale. Ne discende un imponente pericolo che il *giudizio* sulle affermazioni (*id est* sul fatto) venga viziato dal *pregiudizio* sui loro autori.

8.2.2.1. (continua): b) *l'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate: il vero punto dolente nell'incriminazione del negazionismo.*

Il secondo elemento coinvolto nell'armonizzazione – l'estensione della tutela a tutti i crimini internazionali – rappresenta la concretizzazione della maggiore controindicazione che si oppone alla criminalizzazione del negazionismo: l'effetto di c.d. *slippery slope*¹⁰⁴, sul quale ci concentreremo, dando per già pienamente esplorati altri rilevanti aspetti critici¹⁰⁵.

Il reato di negazionismo ha origine, limitato alla protezione del solo Olocausto, in paesi che sentono un particolare *obbligo morale*¹⁰⁶, connesso alla propria esperienza storica, di fronteggiare un persistente fenomeno di antisemitismo. In questi contesti, come già osservato, l'esigenza di tutelare un certo gruppo etnico o religioso si affianca a quella di custodire quel patto etico posto alla base degli ordinamenti politici odierni. Ammettendo che la verità storica non è un bene legittimamente tutelabile¹⁰⁷, il reato di negazionismo viene giustificato attraverso una *presunzione*. La mera negazione o minimizzazione dell'Olocausto, cioè, sottendendo *sempre* una "macchinazione ebraica" sulla sua narrativa ufficiale, sarebbe in sé dotata di portata offensiva, senza bisogno di accertare

¹⁰³ S. ROMANO, *Lettera a un amico ebreo*, Milano, 1997, pp. 26 e 27.

¹⁰⁴ L'espressione è della Corte Suprema canadese nel caso *R v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697, diventato il punto di riferimento internazionale per un approccio all'*hate speech* rivelatosi capace di conciliare la libertà di espressione e la tutela della dignità umana.

¹⁰⁵ Tra i quali, la lesione dei principi di materialità, offensività, sussidiarietà ed *extrema ratio* dell'intervento penale, la difficoltà nell'individuazione di un bene giuridico meritevole di tutela, l'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità in materia di opinioni e l'inopportunità dello strumento penale a fronte di altri mezzi di educazione ed istruzione. A ciò si aggiunge il pericoloso intreccio tra accertamento giuridico, metodo storico e libertà di ricerca storica. Per un'ampio ventaglio bibliografico in materia, si rimanda alla versione integrale dell'articolo.

¹⁰⁶ Di particolare responsabilità *morale* nei confronti degli ebrei tedeschi parla la Corte federale tedesca, sentenza 18 settembre 1979, BGHZ 75, pp. 160-162 e il *Bundesverfassungsgericht*, 13 aprile 1994, 90, p. 241, cit.

¹⁰⁷ Escludono che la memoria o la verità storica siano un bene tutelabile penalmente, M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 1588; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen?*, cit., pp. 730 s.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 501, il quale ritiene illegittime «norme che ostacolano le forme anche più arbitrarie di ricostruzioni storiche di vicende o episodi del passato recente o remoto»; nello stesso senso, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., pp. 51 s.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 782 s.

altre circostanze. La legittimità di tale incriminazione verrebbe così a poggiare sull'esigenza di proteggere la *dignità umana* del gruppo-vittima e dei suoi membri.

Da allora, tuttavia, l'ambito di applicazione dell'illecito si è dilatato in modo significativo. Da un lato, lo sviluppo delle comunicazioni attraverso internet ha rafforzato l'interesse degli Stati dove il negazionismo è punito ad adoperarsi per estendere il divieto fuori dalle loro frontiere. Dall'altro, anche altri gruppi-vittima – non disposti ad accettare un trattamento differenziato delle proprie sofferenze, nonché consci del riconoscimento capace di sgorgare da una norma penale *ad hoc* – hanno fatto pressioni per poter godere di una disposizione che, proibendo la messa in discussione dei crimini subiti, li elevi a verità incontestabile ed esalti così la veste di vittime autentiche dei membri di tale gruppo.

A ciò si aggiunge l'imbarazzo degli Stati, soprattutto al di fuori della Germania, nel sentirsi accusare di adottare un *double-standard* – non confacente al dichiarato imperativo laico di *equidistanza* – privilegiando gli ebrei rispetto ad altri gruppi-vittima e discriminando in tal modo tra diverse sofferenze umane. Inoltre, il costo politico dell'intervento – rappresentato dalle opposizioni di frange di accademici, soprattutto di storici – non sempre è riuscito a prevalere sui benefici in termini di immagine nel mostrare un atteggiamento intransigente contro le manifestazioni di razzismo, e su quelli consistenti nell'accattivarsi le simpatie elettorali degli altri gruppi-vittima. Tutte queste ragioni hanno facilitato una progressiva espansione dei confini del reato di negazionismo. Così facendo, però, i legislatori hanno imboccato una "pendenza scivolosa" (*slippery slope*) nella quale risulta arduo arrestare il cammino¹⁰⁸. Dalla protezione dell'Olocausto – che, al di là di un giudizio di merito, si ammette sia basata sulle profonde ragioni prima tratteggiate – si è passati a quella dei genocidi, poi a quella dei crimini contro l'umanità, fino alla copertura totale di tutti i crimini internazionali sancita dalla decisione quadro. E ciò ancora non è sufficiente a soddisfare la domanda di riconoscimento avanzata dalle vittime, se solo con difficoltà, ed offrendo un'apposita dichiarazione ufficiale annessa alla decisione quadro¹⁰⁹, si sono riuscite ad arginare le richieste di alcuni paesi dell'est europeo riguardanti i crimini commessi dai regimi totalitari (leggi: dai sovietici)¹¹⁰. D'altro canto, alle pressioni del gruppo armeno – che hanno innescato un procedimento giudiziario anche nel nostro ordinamento¹¹¹ – sono seguite quelle degli ucraini, fino alle recenti richieste di condanna avanzate in Svizzera contro due giornalisti che avrebbero negato i massacri di Srebrenica¹¹².

Inoltre, venendo al punto decisivo, se l'iniziale geometria del reato di negazionismo era strettamente adattata alle specifiche esigenze e peculiarità di certi ordinamenti, l'attuale slabbratura ne mette in crisi la legittimazione.

¹⁰⁸ Tale rischio è sottolineato anche da L. PECH, *The Law of Holocaust Denial*, cit., pp. 36 e 50 s.

¹⁰⁹ V. le dichiarazioni del Consiglio dell'Unione (16351/1/08 REV 1, cit., p. 3) – che «deplora» i crimini commessi dai regimi totalitari e si impegna a riesaminare la questione dopo due anni – e quelle della Lituania (*ibidem*, pp. 5-7) – che, enfatizzando l'eguaglianza delle vittime, auspica l'estensione dei reati alle espressioni riguardanti i crimini dei regimi totalitari comunisti.

¹¹⁰ Le leggi penali di Repubblica ceca, Ungheria e Polonia già incriminano il negazionismo dei crimini commessi dai regimi totalitari fascisti e comunisti (v. *supra* nota 73).

¹¹¹ Cfr. Tribunale di Torino, sez. VII civ., 27 novembre 2008, n. 7881, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 3949 ss., con nota di F. LISENA, *Spetta allo Stato accertare la «verità storica»?*.

¹¹² L'unico ordinamento ad aver permesso finora una condanna per la negazione del genocidio armeno è quello svizzero (v. nota 116).

Sulla qualificazione della carestia ucraina del 1932-1933 come crimine contro l'umanità, v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2008 sulla commemorazione dell'Holodomor, (P6 TA(2008)0523).

Quanto ai fatti avvenuti a Srebrenica, le organizzazioni "TRIAL" (*Track Impunity Always*) ed "SPM" (*Société pour les peuples menacés Suisse*) hanno depositato il 19 aprile 2010 una denuncia presso l'ufficio del giudice istruttore cantonale di Vaud denunciando la negazione di tali reati da parte di due giornalisti de *La Nation* che li qualificarono come «pseudo-massacre».

Il fatto è che la presunzione che giustifica l'incriminazione del negazionismo puro¹¹³ dipende in ultima analisi dal *contesto* di riferimento. Se una sua configurazione in termini assoluti (cioè che non ammettono prova contraria) già vacilla ove la fattispecie sia limitata alla protezione dell'Olocausto – ma a suo supporto militano le notevoli dimensioni dell'antisemitismo –, essa crolla inevitabilmente quando applicata ad un novero così ampio e diversificato di crimini. Possiamo sempre, ad esempio, scorgere un celato intento razzista in chi contesta l'esistenza o la qualificazione giuridica del genocidio armeno, in assenza di altri indici di contesto? E, vista l'estensione *cronologicamente indefinita* della protezione legislativa dei genocidi e dei crimini contro l'umanità, ad esempio, fino a che momento storico è lecito farla retroagire? La storia dell'umanità, purtroppo, abbonda di massacri; tuttavia, non sembra corretto inquadrare in categorie moderne – quali il genocidio – fatti avvenuti prima di una loro elaborazione giuridica ma, soprattutto, in periodi in cui diverso era il *significato sociale* dei valori sui quali tali nozioni affondano le radici¹¹⁴.

8.2.2.2. La forma “qualificata” del reato di negazionismo.

Per sopperire alle evidenziate disarmonie, ad una dilatazione dell'*area illecita* delle espressioni negazioniste deve necessariamente fare da contrappeso un'articolazione di elementi del reato aggiuntivi, che limiti l'intervento penale alle sole manifestazioni di carattere realmente dannoso o pericoloso. In quest'ottica, l'unico bene giuridico al quale è possibile fare riferimento, malgrado il suo carattere proteiforme, è la dignità umana.

Tale opzione a favore di un modello *qualificato* del reato di negazionismo non è comunque scevra da profili problematici.

Già si è visto¹¹⁵ delle iniquità provocate dalla “clausola francese”, ove inserita nel contesto di una protezione allargata a tutti i crimini internazionali. Altri problemi emergono analizzando il caso *Perinçek*, che costituisce la prima condanna per negazione del genocidio armeno¹¹⁶. Le corti svizzere, dopo aver preso in considerazione vari elementi, tra cui il riconoscimento effettuato da altri organi (ad esempio, il Consiglio d'Europa e il Parlamento europeo), nonché il largo consenso della comunità e degli storici – facendo riferimento ad un lavoro di ricerca internazionale – concluse che sul genocidio armeno esiste un «*consensus général, historique en particulier*»¹¹⁷.

«Consensus général», precisano i giudici, non significa necessariamente unanime: basta che si possa dedurre, in generale, che non esiste un «*doute suffisant*» entro la comunità, scientifica in particolare, sull'autentico carattere genocidiario dei fatti¹¹⁸.

Dalla sentenza emerge come i giudici, in realtà, non si limitino a “prendere atto” di un evento storico, come se questo potesse essere considerato alla stregua di un *fatto notorio*, sviluppatosi completamente nella comunità scientifica di riferimento e transitato intatto attraverso il meccanismo processuale. La storia, revisionista per sua natura, non potrebbe fornire enunciati suscettibili di un

¹¹³ Per negazionismo puro si intende quel modello di reato che individua le espressioni proibite avendo esclusivo riguardo al loro contenuto, prescindendo dal concreto accertamento di altre condizioni di pericolo o di danno.

¹¹⁴ Solleva il problema anche J. LUTHER, *L'antinegazionismo*, cit., p. 1220, che escluderebbe dal campo di applicazione del reato di negazionismo i fatti che «non sono più in grado di pesare attualmente sulle coscienze, in particolare di dare origine a giudizi di responsabilità penale o civile personale o internazionale».

¹¹⁵ V. *supra*, § 7.

¹¹⁶ Doğu Perinçek è stato condannato dalla corte distrettuale di Losanna il 9 marzo 2007; la decisione è stata confermata il 19 giugno dalla Corte cantonale di Vaud e, definitivamente, il 12 dicembre 2007 dal Tribunale federale svizzero. Si osservi che Perinçek non negò l'esistenza dei massacri ma ne contestò la qualificazione in termini di genocidio – definita una «*mensonge international*» –, giustificandoli in nome del diritto alla guerra, per la reciprocità degli abusi e perchè le deportazioni furono dettate da ragioni di sicurezza. E' interessante osservare che i giudici non arrivano a qualificare i fatti come genocidio, lasciando il dubbio che possano essere considerati crimini contro l'umanità (cfr. § 7 della sentenza del Tribunale federale) la cui negazione, comunque, rientra nell'art. 261bis, quarto alinea, c.p. svizzero.

¹¹⁷ Trib. federale svizzero, §§ da 3.4.2 a 4.3 (corsivo aggiunto nella citazione virgolettata).

¹¹⁸ *Ibidem*, § 4.5 (corsivo aggiunto nella seconda citazione virgolettata).

tale grado di certezza e definitività¹¹⁹. Dalla necessità del giudice di operare delle scelte tra opinioni contrastanti, per quanto alcune di assoluta minoranza, deriva una pericolosa invasione di campo che minaccia la libertà di ricerca storica. Inoltre, come evidenziato da una recente pronuncia civile del Tribunale di Torino, non sarebbero solo i *contenuti* della ricerca, bensì anche i suoi *metodi* a venire sottoposti ad un vaglio giudiziale destinato ad interferire con quello storico¹²⁰.

A ciò si aggiunga la stessa incertezza sull'effettivo "contenuto degli eventi storici". Se anche vi fosse un consenso veramente «général» sull'"Olocausto" o sul "genocidio armeno", ad esempio, non è chiaro – e non spetta al giudice stabilirlo – *di quali specifici fatti tali macroeventi si compongano*. La consapevolezza di questa difficoltà affiora anche nell'ultimo caso in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha trattato di negazionismo. Lo stesso trattamento riservato alla generica negazione dell'Olocausto nel suo complesso è stato accordato, infatti, a quella riguardante ogni sua «*equally significant and established circumstance*»¹²¹ come ad esempio il fatto che la «soluzione finale» sia promanata direttamente dalla volontà di Hitler. Così, alla controversa distinzione tra fatti chiaramente acclarati e quelli ancora oggetto di dibattito, si affianca quella tra un evento storico complessivamente considerato e le sue circostanze "accessorie" ma egualmente significative ed accertate. Tanto l'aleatorietà di questi concetti, quanto gli arbitri che ne possono derivare sono manifesti e non si addicono ad un sistema penale liberale.

Lo stesso strumento del processo, infine, si rivela controproducente nel mettere a tacere le opinioni negazioniste attribuendo loro, al contrario, l'aurea nobile del martirio¹²². Oltre al palcoscenico che offre la pubblica persecuzione di tali espressioni, un altro svantaggio è che nel processo, la storia viene considerata come *una delle altre tesi processuali da dimostrare*, facendole assumere una *posizione debole* inadatta al dichiarato scopo di riaffermarne la validità.

Dal fenomeno descritto – in cui la legge intende custodire una verità storica già adeguatamente acclarata – si deve distinguere quello in cui vari meccanismi legali, dal procedimento giudiziario alle commissioni per la verità e la riconciliazione, forniscono gli strumenti per investigare su un evento storico non ancora pienamente delucidato. In quest'ultima chiave, ad esempio, sono da interpretare i recenti processi per i massacri nazisti di Marzabotto e di Sant'Anna di Stazzema i quali, più che preservare una storia già consolidata, hanno reso alla ricerca storica nuovi documenti e singoli elementi di giudizio altrimenti irrecuperabili. In luogo di un *punto d'arrivo* incontestabile, tali procedimenti giudiziari forniscono invece un *punto d'inizio* per futuri approfondimenti storici. Certo, come sottolineato anche a livello internazionale¹²³, la finalità del processo – che non è quella di «create a historical record» – non può consentire l'accesso a circostanze che non siano rilevanti per l'accertamento della responsabilità degli imputati.

In conclusione, la clausola francese, espianata dall'ambiente normativo in cui si è sviluppata, porta a distorsioni ed iniquità applicative che ne sconsigliano l'adozione.

Tuttavia, i sistemi giuridici precedentemente passati in rassegna hanno elaborato anche altre condizioni restrittive che, aggiunte alla condotta base del reato di negazionismo, mirano a circoscriverne l'estensione nel tentativo di limitare eccessive interferenze con la libertà di espressione.

¹¹⁹ Come osservava già Benedetto Croce, «lo storico [...], diversamente dal giudice, ammette appelli senza alcun limite» (in *La Critica*, vol. XXXVII, fasc. VI, 1939, p. 446).

¹²⁰ Tribunale di Torino, sent. n. 7881/2008, cit., p. 3958 s. Anche la High Court britannica, nel caso *Irving v. Penguin Books*, cit., per capire se si trattava effettivamente di espressioni negazioniste ha dovuto analizzare il metodo scientifico di Irving. Le pericolose interferenze tra metodo storico e metodo giuridico erano state già sottolineate da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., pp. 44 ss.; L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven-Londra, 2001, pp. 235 ss.

¹²¹ *Witzsch v. Germany (2)*, cit., § 3 della parte in diritto.

¹²² Cfr. Pierre Vidal-Naquet, intervistato in *Le Monde*, 4 maggio 1996, che sottolinea il rischio di «trasformare degli zero intellettuali in martiri».

¹²³ Tribunale penale per l'ex-Jugoslavia, *Stanišić and Simatović*, IT-03-69-PT, *Decision Pursuant to Rule 73bis(D)*, TC, 4 febbraio 2008, par. 21.

Il modello adottato in Germania ad esempio, dove il § 130 StGB punisce solo le espressioni che siano atte a turbare la *pace pubblica*, sembra incontrare i favori di parte della dottrina che, pur non auspicandone l'introduzione in Italia, lo giustifica a tutela delle «condizioni di un pacifico svolgimento dei rapporti sociali»¹²⁴.

La ragionevolezza di questa soluzione si scontra però con alcune controindicazioni che inducono a ridimensionare il giudizio positivo. Come dimostra l'esperienza giurisprudenziale tedesca, il requisito rischia di appiattirsi sul *pericolo presunto*, visto che ogni affermazione negazionista è considerata (quasi *ontologicamente*) idonea a turbare la pace pubblica. Se considerato invece rispetto ad altri crimini internazionali – sembrando improbabile che dalla loro negazione possa scaturire un immediato pericolo per la pubblica tranquillità –, il requisito della pace pubblica avrebbe l'effetto di rendere la fattispecie pressoché inapplicabile, salvo circostanze veramente eccezionali. Il che andrebbe a tutto vantaggio di una simile clausola e rispecchierebbe la *ratio* dell'incriminazione – identificata nella tutela della pacifica convivenza tra diversi gruppi sociali.

L'ultima possibilità rinvenuta attraverso la comparazione è quella di limitare la punibilità alle espressioni che denotino uno *specifico intento* di tipo razzista, xenofobo o discriminatorio. Indubbiamente, tale archetipo, che permetterebbe di avvalersi di tutti gli elementi di contesto disponibili, ben si presterebbe a salvaguardare la libertà di ricerca storica, distinguendola dai discorsi di propaganda. In questo modo, inoltre, si potrebbe setacciare la totalità delle espressioni per sottoporre a sanzione penale solo quelle che effettivamente mettono in pericolo quel bene – la *dignità umana* – assunto a giustificazione delle fattispecie qui in esame; e ciò varrebbe qualunque sia il crimine negato, quale che sia la concreta modalità di offesa.

In questo modo, il negazionismo andrebbe considerato come una delle forme di manifestazione dell'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale, mutuando di conseguenza anche le riflessioni critiche già espresse da tempo al loro riguardo.

Senza poter qui approfondire tali problematiche, già oggetto di altri studi, basti ricordare l'indeterminatezza del concetto di dignità umana, forse inadeguato al compito di limitare appropriatamente i confini della condotta illecita; le ambiguità, affiorate nelle oscillazioni giurisprudenziali in merito, sulla definizione della finalità discriminatoria o razzista; e il rilievo, valido più in generale, che un'indagine sulle intenzioni dell'agente – già ardua *in re ipsa*, vista la perdurante imperscrutabilità del foro interno – porta sempre con sé il rischio di abbandonare l'ancoraggio al diritto penale liberale, andando a concentrare l'accertamento sul *chi* abbia espresso una certa idea invece che sul *cosa* quella persona abbia fatto¹²⁵.

D'altra parte, come di recente è stato messo in rilievo¹²⁶, è innegabile che i reati contro la discriminazione perseguano scopi attualmente essenziali, *in primis* quello di tutelare l'eguaglianza e il diritto all'identità dei membri di una certa comunità. Resta il dubbio, comunque, sulle capacità di uno strumento per sua natura intollerante – il diritto penale – di innalzare il livello di tolleranza sociale o di tutelare *effettivamente* le minoranze¹²⁷.

9. L'adattamento nell'ordinamento italiano.

9.1. Il quadro normativo attuale.

¹²⁴ M. ROMANO, *Principio di laicità*, cit., p. 502.

¹²⁵ L. STORTONI, *Le nuove norme*, cit., p. 17; le stesse preoccupazioni sono espresse da C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., p. 168.

¹²⁶ Ad esempio da L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., pp. 130 ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, cit., pp. 153 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., pp. 228 ss.

¹²⁷ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101, il quale: «E' puramente illusorio, se non mistificatorio, pensare i poter combattere fenomeni di barbarie, culturale e non, con fattispecie di opinione. Anzi, la consequenziale punizione a campione [...] finisce per vittimizzare l'autore e, quindi, per fungere da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere». Invece, «le libertà di cui godono gli intolleranti potranno persuaderli a credere nella libertà», J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1982), trad. it. di U. Santini, Milano, 2002, p. 190.

Per comprendere quali misure di adattamento si rendano necessarie nel nostro ordinamento occorre un breve riepilogo della legislazione vigente in materia.

La normativa penale centrale nella lotta al fenomeno del razzismo è ravvisabile nella legge 13 ottobre 1975, n. 654 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966. Essa si aggiunge alla legge Scelba¹²⁸ – che prevede il reato di *apologia di fascismo* – e alla legge 9 ottobre 1967, n. 962 di attuazione della Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, ha introdotto il reato di *apologia di genocidio* (art. 8).

La citata legge n. 654/1975 viene potenziata dal c.d. decreto Mancino o “anti-naziskin”¹²⁹.

Il novellato art. 3, lett. a), della legge n. 654/1975, salvo che il fatto costituisca più grave reato, puniva, fino al 2006, la *diffusione*, in qualsiasi modo, di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, nonché l'*incitamento* a commettere o la commissione di *atti di discriminazione*; la lett. b) aggiungeva l'*incitamento* a commettere o la commissione di *violenza* o *atti di provocazione* alla violenza. Nei casi di istigazione a commettere o di commissione di atti discriminatori o di atti di violenza o di provocazione alla violenza, il reato – a *dolo specifico*¹³⁰ – si configura a tutt'oggi solo se le condotte sono poste in essere per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Una parziale ridefinizione si è avuta ad opera della legge 24 febbraio 2006, n. 85, che non ha mancato di suscitare notevoli perplessità in dottrina per il suo carattere «scoordinato, asimmetrico e contraddittorio»¹³¹ dovuto alla carenza di ampio respiro sistematico. Oltre ad una «grave» mitigazione del trattamento sanzionatorio, la legge di depenalizzazione offre una sostituzione terminologica il cui senso «sfugge», facendo apparire la modifica «del tutto superflua»¹³². L'A. allude soprattutto all'inserimento del lemma “istigazione” in luogo del previgente “incitamento” che, oscuro nelle intenzioni legislative, non muterebbe in realtà i connotati della condotta. Anche in riferimento alla sostituzione del termine “diffusione” con quello di “propaganda”, l'impatto della novella del 2006 sembra da ridimensionare. Mentre la propaganda parrebbe un concetto di significato più circoscritto, identificato nella diffusione «idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata»¹³³, una recente pronuncia ritiene – per la verità, in modo ambiguo – che la nuova formulazione non abbia ristretto il campo di applicazione della fattispecie¹³⁴.

9.2. Esame delle (lievissime) necessità di adattamento e sviluppo di un dubbio: la fragilità degli argini posti alla punibilità del negazionismo puro.

Venendo al rispetto degli obblighi di trasposizione che scaturiscono dalla decisione quadro qui in commento, la questione può essere articolata in tre punti.

Innanzitutto, in linea di continuità con le considerazioni sopra svolte, si ribadisce che la normativa europea *non obbliga* all'introduzione né di una fattispecie che criminalizzi espressamente il negazionismo, né, tanto meno, di una figura plasmata sul c.d. modello puro. Opportunamente, agli Stati è stato concesso di mantenere l'incriminazione di tali espressioni entro i confini già tracciati per contrastare l'*hate speech*.

In Italia, i discorsi negazionisti – se “qualificati” dalle condizioni richieste – potranno rientrare nei reati di cui all'art. 3, co. 1, lett. a), della legge n. 654/1975, in quanto *propaganda* di idee fondate

¹²⁸ Legge n. 645/1952, cit.

¹²⁹ Decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni nella legge 25 giugno 1993, n. 205.

¹³⁰ Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234/08, Bragantini; conf., Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581/08, Mereu, in Cass. pen., 2009, pp. 3023 ss; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819/09, Bragantini II, in Cass. pen., 2010, spec. p. 2352, con nota di F. PANIZZO.

¹³¹ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 14, p. 23.

¹³² Citazioni da T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 28.

¹³³ Cass. pen., n. 13234/08, cit.

¹³⁴ Cass. pen., n. 37581/08, Mereu, cit., pp. 3029 s.

sull'odio razziale o etnico oppure come *istigazione* a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Avvalendosi della fenomenologia criminosa fin qui emersa, sembra che le tipiche manifestazioni negazioniste – non istigando in genere a compiere atti di discriminazione – potranno verosimilmente integrare la categoria delle “idee fondate sull'odio razziale o etnico”. La punibilità della loro *propaganda* – concetto che individua una condotta più ampia rispetto a quella dell'*istigazione* – risulta sufficiente ad adempiere ai vincoli posti dall'art. 1 della decisione quadro. Anzi, l'area di illiceità che da essa deriva sembra addirittura *abbondare* rispetto a quella strettamente implicata dal riferimento della decisione quadro ai comportamenti «posti in essere *in modo atto ad istigare*» alla violenza o all'odio razziale.

Di conseguenza, sorge la questione se davvero il nostro ordinamento escluda la rilevanza penale del negazionismo puro.

Dubbi circondano la nozione di propaganda, essendo stata essa definita una diffusione *idonea a raccogliere consensi* attorno all'idea divulgata: ciò può riguardare infatti anche il negazionismo puro, a meno che non se ne accolga – come è avvenuto per l'apologia – un'interpretazione in termini di istigazione indiretta. A queste perplessità, si aggiunga che il dolo generico che caratterizza la figura delittuosa *de qua* consente alla giurisprudenza di limitarsi ad accertare che l'imputato avesse «consapevolezza del carattere discriminatorio del messaggio propagandato», non rilevando l'intento di agire per motivi razziali o etnici, i quali sarebbero «inclus[i] nelle idee propagandate»¹³⁵. Completa il quadro la qualificazione della fattispecie come reato di mera condotta, da cui deriva l'irrelevanza dell'esito dell'opera di propaganda, che rimane illecita anche qualora non abbia fatto mutare convincimento ai destinatari del messaggio¹³⁶.

Allora, due sono le possibilità per sbarrare l'ingresso del nostro ordinamento alla punibilità del negazionismo puro. O, come anticipato, si interpreta la condotta di propaganda come istigazione indiretta, oppure si affida la tutela della tassatività della fattispecie al concetto di «odio» razziale o etnico. Se la prima opzione sembra essere già stata respinta dalle pronunce più recenti appena viste, la seconda sconta l'indeterminatezza del termine “odio”¹³⁷. In conclusione, non si può affermare con sicurezza che i discorsi negazionisti, se ritenuti *in sé espressivi di un livello sufficiente di avversione* nei confronti del popolo ebreo (o armeno, ecc.), non possano ammontare a propaganda di idee fondate sull'odio razziale a prescindere da una loro carica istigatoria (anche solo indiretta)¹³⁸. Solo un'interpretazione costituzionalmente orientata di tali due elementi del reato – l'odio e la propaganda – potrebbe evitare una tale esondazione del flusso punitivo rispetto agli argini posti dal diritto penale liberale.

Tornando agli obblighi di adattamento discendenti dalla decisione quadro, un secondo aspetto da chiarire attiene la capacità della definizione di propaganda di inglobare le condotte previste dall'art. 1, co. 1, lett. b) della disposizione in parola, descritte come «la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale». Anche qui, un vaglio più approfondito consente di escludere che la sostituzione del lemma “diffonde” con quello “propaganda” abbia portato ad uno scostamento della normativa italiana rispetto agli obblighi europei. Le condotte di diffusione e distribuzione pubblica previste dalla decisione quadro, infatti, si configurano quali mere modalità di perpetrazione dell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio razziale di cui all'alinea che le precede, come emerge dal testo normativo. Semmai, profili di incongruenza possono derivare dal confronto con l'art. 4, co. 1, lett.

¹³⁵ Corte d'Appello, Venezia, sez. I, 20 ottobre 2008, n. 1553/08, Bragantini, in Foro it., 2009, II, pp. 398 ss.; confermata da Cass. pen., n. 13234/08, Bragantini, cit., p. 220, e Cass. pen., n. 41819/09, Bragantini II, cit., pp. 2362 s.

¹³⁶ Cass. pen., n. 37581/08, Mereu, cit., p. 3031.

¹³⁷ Cfr. Cass. pen., n. 13234/08, cit., § 5 (p. 222), Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295/05, Paoletich, in Riv. pen., 2006, pp. 320 ss. e Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, § 2.

¹³⁸ Pur condividendo l'affermazione di M. DONINI, “Danno” e “offesa”, cit., p. 1587, secondo cui «il negazionismo non esiste, non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. Tertium non datur», siamo quindi dubbiosi che, rimanendo ancorati al piano dell'essere, la normativa italiana in vigore – e l'interpretazione che ne viene data – rifletta tale auspicata dicotomia. Per una più ampia disamina delle ragioni di tali perplessità si rinvia alla versione integrale dell'articolo.

a), della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 che impone agli Stati parte di punire «ogni *diffusione* di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale». Tuttavia, in questo caso, ci si muove nel campo del diritto internazionale generale che, quanto all'inadempimento dei relativi obblighi, risponde a logiche ben diverse da quelle che governano l'infrazione dei vincoli posti dall'Unione europea.

Il terzo punto è invece focalizzato sull'entità delle sanzioni. Mentre la decisione quadro richiede che i reati siano puniti con la reclusione compresa nel massimo tra almeno uno e tre anni, l'art. 3, co. 1, lett. a), della legge n. 654/1975, prevede la *pena alternativa* della reclusione fino ad un anno e sei mesi o della multa fino a 6.000 euro.

La decisione quadro 2008/913/GAI, insomma, non obbliga ad introdurre il modello di incriminazione del negazionismo puro in paesi che, come il nostro, *non sembrano* accoglierlo. In base ad una consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di libertà d'espressione, d'altra parte, pare doversi escludere che tale archetipo possa godere di un diritto di cittadinanza nell'ordinamento italiano.

Per evitare, dunque, che un giorno un governo – così come oggi vorrebbe “confermare penalmente” che un genocidio ebbe luogo – possa negarne l'esistenza punendone l'affermazione, è necessario che, valorizzando il suo «orientamento costituzionalistico», l'ordinamento penale faccia «*resistenza a spinte incriminatrici internazionali di matrice illiberale*»¹³⁹.

¹³⁹ M. DONINI, "Danno" e "offesa", cit., p. 1576.